ANTONII FABRI
I. C. SEBVSIANI
SABAVDI
SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS,

CONIECTVRARVM
IVRIS CIVILIS
LIB. XVII. & XVIII.

In quibus, vt in prioribus difficiliores plerique iuris loci nouis cùm interpretationibus, tum emendationibus explicantur.

Ad ampliss. & sapientiss. virum D. Dominicum Bellum, serenissimi Sabaudiæ Ducis Cancellarium.



LVGDVNI,
APVD SAMVELEM CRISPINVM.
M. DC.

AMPLISS. ET SAPIENTISS. VIRO D. DOMINICO BELLO SERENISSIMI SABAVDIÆ DVCIS CANCELLARIO

Antonius Faber S. P. D.

PVDEBAT me iam hoc ferè integro biẽnio siluisse, nec aliquid quod ad iurisprudentiam nostram ornandam pertineret, in publicum edidisse, cùm ad me allatum est, de tua, sapientissime Cancellarie, ad præcelsum istius dignitatis fastigium promotione. Nunc verò pudet magis, quòd in tanta optimorum, eruditissimorúmque omnium gratulatione, quanta præstantissimis virtutibus & honoribus tuis ab omnibus debeatur, nihildum habeo, quod tibi, cui multis de causis præcipuo quodam iure deuinctum me sentio, pro testanda singulari mea erga te obseruantia publicè priuatímve offerre satis possim. Illa enim Chiliadis nostræ secunda pars, quam à plerisque, quibus prima non displicuit, auidissimè expectari vndique audio, & quam in tuo nomine apparere maximè cupiebam, ne adhuc absolui potuerit, multa prohibuerunt. Inter cætera verò, grauissima valetudo, quæ me, ex quo ferè tẽpore sum in Italia, malè habuit, & ex qua vixdum bene conualui. Deinde quod quicquid operæ, laborisque in hæc studia nostra inuitis medicis quasi furtim conferre licuit, aut potiùs suprà quàm liceret, libuit, totum id necessariò consumẽdum fuit in tractanda ex scripto, & pro dignitate ea lite, quam ab illustrissima & excellentissima D. Anna Estensi Cebennensium, Namurci, Carnutúmque Ducissa contra sereniss. Mutinæ Ducem Cæsarem Estensem, Romæ institutam de vniuersa Alfonsi vltimi Ferrariæ Ducis hereditate, fideique & diligentiæ

meæ, ne dicam industriæ, quæ nulla est, commissam esse non ignoras. Quam in rem, quantùm eniti ac insudare me oportuerit in ipsis etiam conualescentiæ primordijs, faciam aliquando vt constare possit ex iis scriptis, quæ post obtentam, quod spero, tuis victoriã, in lucem daturus sum, ac in volumen iustæ magnitudinis collaturus, vel ob hoc maximè, ne quis nos aut aliquam in ocio vel minimo ignauiam ex occasione morbi captasse putet, aut quod esset fœdius, in summa ocij abundantia fuisse penitus ocioso. Quãquam nec nobis temperare potuimus ex quo primùm die Romam venimus, quin ipsius vrbis nomine atque amplitudine inuitati cœperimus cogitare de Romano iure amplificando magisque ac magis illustrando (si quid tamen tale est, quod à nobis proficisci præstarive queat) magnum planè ingénsque opus adgressi a multis antehac tentatum, à nemine, vt puto, exactum, at ne quidem fortassis bene inchoatum de tota iurisprudentia in nouam veteris scientiæ formam redigenda. Quo demum opere absoluto, si tantùm vitæ, feliciorísque ingenij largietur Deus Opt. Max. quantum ad absoluendum necesse est, non recusabo quominus de iurisprudentia ipsa, nedum de iuris nostri studiosis omnibus bene meritus videri velim. Sed quoniam magis vrgent quæ iam inde ab aliquot annis præstare promisimus, ratióque ipsa postulat, vt in dissoluendis obligationibus, ab ijs incipiatur, quæ & causa & tempore sunt antiquiores, dum aliquid expecto, quod meam de Codicis Sabaudici editione cunctationem perimat, hos Coniecturarum mearũ libros duos ex quatuor nouissimis qui pro coronide expectantur, quanta facere potui celeritate ac diligentia concinnatos, nunc præsto, tibique vni, vir amplissime, offero, dico, consecro: Non ob id solùm vt de tuæ dignitatis accessione toti reipublicæ mihique potiùs quàm tibi peropportunè gratulentur, sed etiam, vt, quod iampridem gestio, extet aliquod publicè nec obscurum, nec oculis tuis, si me, quod facis, amas, ingratum, vtinam & perpetuum perpetuæ meæ in te & obseruantiæ & gratitudinis monumentum. Bene vale, vir amplissime, & nobis bonísque omnibus diu felix viue. Dat. Romæ 4. Id. Decembr. 1579.

INDEX

INDEX CAPITVM DVORVM LIB. CONIECTVRARVM ANT. FABRI.

Prior numerus Caput, posterior verò paginam huius editionis demonſtrat.

LIBRI XVII.

LIBRI XVIII.

FINIS.

INDEX

INDEX LEGVM AVT EXPLICATARVM AVT EMENDATARVM SECVNDVM SERIEM PANDECTARVM.

Ex Digesto Veteri.

Primus numerus librum, secundus caput, tertius verò paginam huius editionis demonstrat.

EX INFORTIATO.

EX DIGESTO NOVO.

EX CODICE.

EX INSTITVTIONIBVS.

EX AVTHENTICIS.

INDEX AVCTORVM

QVORVM OPINIONES vel recenſentur vel refutantur.

A

B

C

D

G

H

I

N

INDEX RERVM ET VERBORVM QVÆ IN HIS DVOBVS ANTONII FABRI CONIECTVRARVM LIBRIS CONTINENTVR, ordine Alphabetico dispositus.

Primus numerus librum. Secundus Caput. Tertius verò paginam huius editionis demonstrat.

E

F

¶ ex qui-

A

V

FINIS.

ANTONII

ANTONII FABRI IC SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS LIBER DECIMVS SEPTIMVS.

Explicatio l.1.C. de inoffic.teſtam.l 2.C.de petit. hered.l.filium 20.§.ſed quemadmodum de bon.poſſ.contr.tab.

CAP. I.

CONSTITVTIONEM hanc omnium quæ in toto Codice ſcriptæ ſunt difficillimam, & obſcuriſſimã ſibi videri ſcribit Anton Goueanus *lib.1. var. lect.cap.5.*cui tamen vix quicquam in toto iure noſtro difficile ac obſcurum videri potuiſſe crederem,ſi non is ipſe adfirmaret. Sed illud magis mirãdum eſt tantũ Iureconſultũ in ea tot verbis & paginis cõtra morẽ ſuũ interpretanda,non ſolũ maximè laboraſſe , ſed etiã apertis oculis cæcutiiſſe,ſicut & cæteros omnes iuris noſtri interpretes,niſi tamẽ nos ipſi potius cæcutimus,qui ab omnibus nõ vitro ſanè,ſed libẽter tamẽ,cogẽte ratione diſſentimus. Cõſtitutionis verba hæc ſunt, *Cum de inofficioſo matris ſuæ teſtamento filius dicere velit aduerſus eũ, qui ex cauſa fideicõmiſſi hereditatem tenet,non eſt iniquum hoc ei accõmodari,vt perinde fideicõmiſſarius teneat acſi pro herede aut poſſeſſore poſſideret.*Nos ſingulas ſingulorũ ſententias & referemus poſtea & refellemus. Noſtram primum, & quidem paucis verbis,ſed tamen vt ſolemus apertiſſimè proponemus vt qui eam probabunt,dubitare non poſſint falſas eſſe cæteras omnes,vel hoc ſolo quòd à noſtra ſint omnino alienæ. Dubitandi rationem vt hinc exordiamur, non aliam fuiſſe arbitror , quàm quòd querela inofficioſi teſtamenti de qua & in hac lege,& in toto titulo agitur,non ſoleat, neque poſſit dari niſi contra heredem adeóque poſt aditam hereditatem *l. Papinianus* 8.*§.ſi condicioni D.eod.* (in quo vt ſæpius monuimus, differt illa à bonorum poſſeſſione contra tabulas quæ ideo dicitur dari contra lignum, quia datur etiamſi nullusdum heres ſit,& ante aditionem hereditatis *l.quod vulgo* 19.*ff.de bon.poſ.contr.tab.*) vt rupto per querelam teſtamento,atque ita teſtatore inteſtati exitum faciente,condemnetur heres, tanquã qui non niſi pro herede habeat hereditatẽ,cùm deſierit eſſe heres. Nec enim fieri poteſt vt maneat heres ex eo teſtamẽto quod ſemel ruptũ fuit *l.mater* 19 *l.circa* 24.

& paſ. D. de inof. teſt. Nec quod dici ſolet, eū qui ſemel heres extiterit ſemper heredē manere *l. aut prætor 7. §. ſed quod Papin. D. de minor. l. ei qui ſoluēdo 88. D. de hered. inſt. l. ex facto 43. §. vlt. D. de vulg. & pup. ſubſt.* pertinere poteſt ad hunc caſum, in quo tandem rupto teſtamēto apparet ex poſtfacto nunquam ex eo vtiliter adiri hereditatē potuiſſe, cùm ex quo ruptū eſt in ea cauſa habeatur acſi nunquā ritè factum fuiſſet, maximè verò cùm rūpitur per querelā, ſiquidem non alius querelę color eſt, quàm quia furioſus & inſanæ mentis fuiſſe credatur teſtator eo tempore quo contra officium pietatis teſtamētum ordinauit *l. 2. & 3. l. Titia 13. in fin. D. eo.* adeò vt etiam ſubſiſtente teſtamento pro ea parte pro qua nō fuerit inſtituta querela, nihilominus pro alia parte ſuccedat ab inteſtato is qui in querela obtinuit, atque ita teſtator pro parte teſtatus & pro parte inteſtatus deceſſiſſe intelligatur contra iuris regulas cōmunes *d. l. circa.* Atqui fideicōmiſſarius non eſt heres, quia heres rogatus de reſtituenda hereditate etiā poſt reſtitutionē heres perſeuerat *§. reſtituta Inſt. de fideic. her.* Ergo nec ſi victꝰ ſit, poteſt tamē dici poſſidere pro herede: quippe qui nō ſolū heres nūquā fuerit, ſed nec eſſe potuerit, fideicōmiſſariꝰ ſemel factus. Vt enim idem & heres & fideicōmiſſarius ſit, nō magis fieri per rerū naturā poteſt, quàm vt vnus idémque homo in plures diſtribuatur *l. ſi plures 9. D. de pact. l. 2. §. 1. de ver. oblig. l. ſtipulatus ſum 9. §. 1. l. qui hominē 34. in princ. & §. 1. D. de ſolut.* Quinimò tū quoque cùm victuseſſet fideicōmiſſarius, perinde tamē fideicōmiſſarij nomē retineret, ac fideicōmiſſi iure titulóque poſſideret, id eſt pro fideicōmiſſario, vt mox probabimus. Ergo nec pro herede, nec pro poſſeſſore, quoniā pro herede poſſidet is demū qui ſe dicit heredem, pro poſſeſſore verò is, qui interrogatus quare poſſideat, nihil aliud reſpōdere poteſt, quā quia poſſidet *l. pro herede 11 cum duab. ſeqq. D. de pet. her.* Quod ſi ita eſt, illud etiā conſequēs fit, vt fideicōmiſſarius hic conueniri non poſſit petitione hereditatis, ne quidē poſtquàm ſuccubuerit in querela, quia petitionē hereditatis certū eſt non dari cōtra titulo poſſidentē, ſed cōtra eū dūtaxat qui nō niſi pro herede poſſideat, vel pro poſſeſſore *l. regulariter 9. & ſeq. eod. l. 2. C. eo.* in cuius fine quod ſcriptū eſt *Emptor autē qui proprio titulo poſſeſſionis munitus eſt, etiā ſingularum rerū iure conuenitur,* nō hunc ſenſum habet vt emptor ſingulatū rerum hereditatis tā petitione hereditatis quā rei vindicatione cōueniatur, aut vt ad inſtar emptoris vniuerſitatis fructuū nomine teneatur (proponebatur enim eo loco empta tota hereditas non hereditatis res ſingulæ, nec verū eſt eum qui ſiue hereditatē ſiue res hereditatis ſingulas emerit aut petitione hereditatis teneri, aut ad reſtitutionē fructuū ante litem conteſtatā perceptorum.) Nec illū quoque, vt emptor hereditatis ac vniuerſitatis etiā ſingularū rerum nomine cōueniatur (nam & hoc falſum eſt ſi de petitione hereditatis intelligatur, indubitatū verò ſi de vindicatione rerum quas emptor poſſidet.) Sed hunc tantū, vt petitio hereditatis non detur contra emptorē ſed ſola vindicatio rerū ſingularū licèt non res ſingulæ, ſed hereditas ipſa empta proponatur, ideóque nec fructuū cōdēnatio fieri debeat, niſi eorū qui percepti ſint ex die litis cōteſtatæ quia hereditatē dūtaxat fructus augent nō res ſingulas, hereditas autē non magis ab ipſius emptore peti poteſt. quàm ſi ſingulas dūtaxat res cōparaſſet. Itaque dictio *etiam* quæ tanquā implicatiua doctores noſtros implicat & perturbat, ſic accipiēda eſt acſi apertiùs ſcriptū eſſet, emptorē hereditatis quemadmodū habet ſingularē titulū ſuæ poſſeſſionis, quāuis emerit vniuerſitatē, ita etiā ſingularum rerū iure conueni-

conueniri debere,nõ hereditatis nomine,ac proinde singulari iudicio vindicationis,nõ petitione hereditatis,quod iudiciũ vniuersale est.Non alio sensu quàm si pro *etiã* scriptũ esset *similiter* & pro dictione *proprio* scriptũ *singulari*. Quid enim distat inter propriũ titulum & singularẽ? Vniuersalis nã nque titulus hoc est hereditarius nõ hominis proprius est,sed legisquę & hereditatẽ & heredẽ facit.Denique cũ relatio sit in dictione *proprio*,illatio verò in dictione *etiam*,cõsequens est vt quod lex ait emptorẽ hereditatis etiã singularũ rerum iure conueniri,ita accipiatur,vt sicut possidet ille ex titulo proprio & singulari,ita nõ nisi singularũ quoque rerũ iure cõueniatur.Nõ dixit *nomine* sed *iure*,quia etiã singularũ rerũ nomine nihil vetat quẽ conueniri eo iure quo si vniuersitatisnomine cõueniretur,id est petitione hereditatis *d.l. regulariter 9.cũ seq.*Sed singularũ rerum iure is tantùm cõuenitur,cõtra quẽ sic agitur acsi singulas tantũ res hereditarias emisset, non ipsam hereditatẽ, hoc est qui rei vindicatione non hereditatis petitione cõuenitur. Quod nos obiter & quasi extra rẽ manendũ putauimus,ne quẽ ea lex à nobis allegata, malè haberet. Cur verò fideicõmissi titulũ retineret fideicõmissarius etiam qui succubuisset in querela inofficiosi testamẽti? An quia fiat aut fieri possit vt rupto per querelã testamento fideicõmissum in eo relictũ nihilomagis intercidat? Imò verò intercidit *l.Titia 13.in fin.l.cũ mater 28.D.de inoff.test.* Verùm quia fieri nequit vt rũpatur testamentũ per querelã cõtra eũ propositã qui heres non fuit.Siquidẽ vero heredi sententia contra fideicõmissariũ lata nocere non potest,quominùs maneat heres,qualis erat anteà,etiã post factã hereditatis restitutionẽ *d.§.restituta.* Porrò nec illud fieri potest vt quandiu heres qui & rogatus fuit de restituẽda hereditate & eã restituit heres manet, ex testamento,fideicõmissarius desinat esse fideicõmissarius cùm ius habeat in se translatũ per restitutionẽ quæ semel facta est ex Trebelliano vtiliter. Proinde cùm titulũ suum retineat,superest ex iis quæ suprà diximus,vt petitione hereditatis nec possit nec debeat cõueniri.Denique summo iure fideicõmissarius nõ est legitimus contradictor in querela inofficiosi testamenti, quia nõ potest victoria contra ipsum per filium obtenta facere intestatũ patrẽ, qui nõ eo minùs habiturus sit ex testamento heredẽ illum ipsum quem habuit semel.Quomodo enim posset dici intestatus qui heredẽ habet ex testamento? Sed tamẽ quia summũ illud ius,summa esset iniuria,rescripserunt Imperatores,non esse iniquũ etiã contra fideicõmissariũ querelã filio accõmodari,vt ostendãt non iuris ratione aliqua,sed mera æquitate niti cõstitutionẽ.Æquitatis autẽ ratio ex eo pendet,quòd fideicõmissarius victus nõ sit audiendus si velit dicere melioris se condicionis esse debere ob id quòd victus ipse fuerit inaudito herede,quàm si se inaudito quod fieri poterat heres victus fuisset.Quo tamen casu extincto ruptóque testamento sicut heres desiisset heres esse,ita & fideicõmissarius, quãuis inauditus desiisset esse fideicõmissarius,quãdoquidẽ nullum ius habet nisi ex persona heredis & per cõsequentias *l.aliud est 160.§.absurdum de reg.iur.* Adeò vt nec ad litẽ vocãdus sit,quæ cum herede instituatur,quia sufficit cum eo actũ esse qui ius habuit defendendi *l.si ideo 55.§.1.D.de euict.* Quanquam si velit adesse metu collusionis,potest, nec id ei denegatur *l.si suspecta 29. D.de inoff.test.* Igitur cùm mera dũtaxat iuris subtilitas noceat filio nec quicquam intersit aut heredis qui iam hereditatem restituit (quia tametsi reuera heres maneat nihil tamen nisi nudum heredis nomen retinet) aut fideicommissarij qui ipse & auditus

& victus fuit,damus & accommodamus filio querelam contra fideicommissarium,vt vbi victus erit perinde teneatur petitione hereditatis acsi pro herede aut pro possessore non pro fideicommissario possideret,id est acsi testamentum ruptum esset,quæ reuera ruptum non fuit.Absurdũ enim est fideicommissarium condemnatum plus iuris habere ob id solùm quod non fuerit heres verè quàm habiturus erat, si reuera heres extitisset. Exemplo eius quod scriptum legimus in *l.3.D.si vsusf.petet*,eum qui vsufructu sibi ex causa fideicommissi tradito vsus non est per tãtum tempus quanto amissurus eum fuerat si legitimè ipsius factus fuisset,non ideo meliore iure censendum esse, sed perinde habendum acsi non minùs dominium quàm possessionẽ vsusfructus nactus fuisset Puto autem intelligendam esse hanc legẽ de illo casu quo hereditas restituta sit ex Trebelliano,id est tota,& ita vt penes heredẽ nihil remanserit præter nudum nomen heredis. Alioqui non posset victoria quã obtinuisset filius in querela ius ei tribuere petendæ à solo fideicommissario totius hereditatis. Siquidẽ heres qui neque auditus neque condemnatus esset,vtique retinere nihilominus posset ea quæ tanquã heres habuisset. Quãquam hoc etiam casu si filius contentus esse vellet iis quæ ad fideicommissarium peruenerunt,non puto dubitandũ quin perinde indulgeri ei oporteat, vt possit contra solum fideicommissarium proponere querelã, non secus ac si cùm plures patris heredes essent, contra alterũ ex iis duntaxat agere filius voluisset,vt eadem sit ratio partis ad partẽ quæ totius ad totum.Et verò qua fronte potest fideicõmissarius dicere non teneri se petitione hereditatis post filij victoriam in querela, ob id tantùm quod ipse per sententiã victus sit nõ heres *arg.l.3.vers.qua tandem ratione D.de vsur.*Planè petitionem hereditatis etiam cõtra fideicõmissarium dari scriptum reperias in *l.nec vllam 13.§.idem erit dicendum D.de pet.her.*Sed is locus est de fideicommissario cui restituta est hereditas nõ quæ fuerit defuncti vt in specie quã nunc tractamus,sed quã defunctus non nisi pro herede possederat,vel pro possessore : de quo etiam in *§.Neratius 3.& §.heredem 11.eiusd.legis.* Malè igitur ex veteribus interpretibus nonnulli legem hanc emendarunt,pro *perinde* legentes *exinde* , quasi rumpatur testamentũ per querelã aduersus fideicõmissariũ institutã,nec nisi rupto testamento permittendũ filio sit vt agat petitione hereditatis quod vtrumque docuimus falsum esse.Malè alii dixerunt proponentem querelam inofficiosi hoc ipso proponere petitionem hereditatis,quasi effectu nihil inter vtrãquẽ intersit.Querelam enim præcedere & vincere necesse est vt post modũ petitio hereditatis institui possit,*l.filium 20.in fi.pri.D.de bon.poss.cont. tab.*Male item nonnulli sic legem accipiunt,quasi ratio dubitandi ea fuerit, quòd querela inofficiosi testamenti non detur nisi contra eum,qui vel heres sit vel possideat pro herede vel pro possessore. Nusquã enim scriptum reperias dari eam cõtra possessorem hereditatis,qui possessionis suæ titulũ alium non habeat , quàm pro herede aut pro possessore. Datur siquidem contra solum heredem , aut qui saltem effectu ipso & verè sit loco heredis, cuiusmodi est fiscus cùm ad eum bona testatoris heredumve ipsius deuoluta sunt iure successionis aut alia ex causa; dummodo post aditam hereditatẽ vt in *l.si heredum 10.C.de inoff. testament.*de qua sequenti capite dicemus. Item emancipatus filius qui per bonorum possessionem contra tabulas rupto propter præteritionẽ paterno testamento solus successit excluso in totũ fratre exheredato qui mãserat in patris potestate,vt in specie *d.l.filiũ in fi.pr.*

Nam

Nam cùm testamentum quod per bonorum possessionem contra tabulas iam ruptum est in totum(nec.n.pro parte rumpi potest)amplius & iterum per querelam rumpi non possit,nec rursus filius exheredatus, semel propter exheredationem exclusus à communione beneficij prætorij bonorum possessionis contra tabulas,ad partem successionis admitti cum emancipato cui soli fauere prætor voluit & debuit *l.non putauit §.eod.* Consequens est vt vel omni auxilio carere debeat filius etiam immerenter exheredatus, quod fuerit certè periniquum. Aut vt debeat ei licere querelam instituere contra fratrem emancipatum,qui solus totam possidet hereditatem, licet non tanquam heres sed tanquam bonorum possessor. Quid enim referre potest cùm bonorum possessor quilibet sit heredis loco? Dices,fideicõmissariũ quoq. heredis loco esse non minùs quàm eũ qui per bonorum possessionem contra tabulas factus est bonorum possessor *dict. §. restituta l. 1. l. quamuis 40.§. 1. & pass.D.ad SC.Trebell.* Quidni ergo etiam contra eum summo iure dari potest querela sicut & contra quemlibet bonorum possessorem. Nam & hic quoque scrupulus tollendus est qui prima facie non leuis videtur Respondeo diuersitatis rationem ex eo pendère, quod bonorum possessor ita heredis loco est vt alius verus heres nullus sit. Rupto scilicet per bonorum possessionem contra tabulas testamento. Siquidem ex eo testamento quod ruptum est siue ciuili siue prætorio iure,neque esse neque manere heres quisquam potest.Fideicommissarius verò post hereditatis restitutionem ita est heredis loco,vt tamen non impediat quominus alius reuera heres maneat,& quidem ex eo ipso testamento ex quo & fidei commissarius heredis loco est,quia restitutio hereditatis non rumpit aut destruit testamentum sed supponit, vt proinde necesse sit illud rumpi per querelam inofficiosi testamenti priusquam ad petitionem hereditatis admitti possit filius qui fuit exheredatus. Ruptum porrò esse non potest, vt iam diximus,quamdiu verus heres ex eo ipso heres manet, quod sit etiamsi fideicommissarius succubuerit in querela,dum ne heres ipse & auditus fuerit & condemnatus.Mirum igitur non est, filio exheredato querelam summo iure contra fideicommissarium dari non posse,quę tamen datur contra fratrem emancipatum,qui per bonorum possessionem contra tabulas solus successit patri. Etsi fatendum est valde singulare ius esse illius querelæ de qua Thryphoninus in *d.l.filiũ*,cùm nõ ad id detur illa vt testamẽtum rumpat quod petita bonorum possessione contra tabulas iam ruptum sit,sed ad hoc tantùm vt fratri emancipato perinde partem hereditatis auferat exheredatus, acsi emancipatus totam hereditatem quasi heres & testamenti iure possideret. Estque is casus etiam valde singularis,in quo necessaria sit filio exheredato querela etiam post ruptum testamentum (sicut & illud quoque singulare habet, quod Thryphoninus subijcit plus iuris in ea specie habere filium exheredatum quam si exheredatus non esset.De quo tamen quoniam ab instituta disputatione alienũ est nunc non tractamus) An & post destitutum?Ita videtur ex *d.l.si heredũ*.Sed aliud tamẽ est vt ex ijs quæ sequenti cap. dicemus,apparebit. Cæterũ vel ex ea maximè Thryphonini lege intelligi potest nunquam dari querelam contra eum qui neque verus heres sit,neque veri heredis loco, etiãsi fuerit ipse aut esse potuerit heres aliquando,quoniã alioqui mouenda esset querela in ea specie nõ contra emancipatum, quod lex ait, sed contra extraneum heredem institutum,à

quo fuerat exheredatus filius tanquam ab herede ſcripto, non autem ab emancipato, qui & ipſe contra vel ſaltem præter voluntatem patris ſucceſſerat. Omnium verò peſſimè Goveanus, meo iudicio, legem hâc interpretatus eſt de petitione hereditatis, non de querela inofficioſi teſtamenti, ſeu de filio exheredato qui contra fideicommiſſarium petitionem hereditatis inſtituere maluerit, quàm querelam exercere, quaſi laudandus ſit hic filius & contra iuris regulas ad hereditatis petitionem rectà admittendus, propterea quòd matris honori parcere ſtuduerit quem propoſita inofficioſi querela ſuggillaſſet. Nam præter id quod ſecundum hanc interpretationem pertineret lex ad *tit. de petit. hered.* non ad hunc ſub quo poſita eſt *De inoffic. testam.* ipſa etiam legis verba repugnant. Quod enim lex habet *non eſt iniquum hoc ei accommodari*, alium ſenſum recipere non poteſt quàm vt huic filio contra iuris rigorem indulgendum ſit ius proponendæ aduerſus fideicommiſſarium querelæ. Id enim erat quod filius volebat vt ſibi de inofficioſo matris teſtamento contra fideicommiſſarium dicere liceret, quemadmodum priora legis verba demonſtrant. Quod vero ſequitur *vt perinde fideicõmiſſarius teneatur, acſi pro herede aut pro poſſeſſore poſſideret* ſicut à præcedente verbo *accommodari* interiecto commate diſtinguendum eſt, ita & ſic accipiendũ vt fideicõmiſſarius conueniri quidem poſſit petitione hereditatis, quæ nõ niſi contra eũ dari ſolet qui pro herede aut pro poſſeſſore poſſideat: ſed tũc demũ cùm in querela inofficioſi iã ſucci buerit, licet nõ eo minùs priſtinum, cúmque iuſtum poſſeſſionis ſuæ titulũ retineat ex cauſa fidei commiſſi relicti in teſtamento quod & ab initio valuerit, & etiamnum poſt filij victoriam ſubſiſtat. Id verò addendum fuit neceſſariò, quoniam fruſtra inſtitueretur querela inofficioſi teſtamenti contra eum qui etiam victus & condemnatus, ſubinde tamen hereditatis petitione conueniri non poſſet, vt probant verba illa Thryphonini in *d. l. filium verſ. ſed quemadmodum De bonor. poſſ. contra tabul. Sed ad hereditatis petitionem admittendus eſt ex cauſa inofficioſi querelæ contra emancipatum mouendæ.* Eáque, vt diximus, præcipua dubitandi ratio apud Imperatores erat, propter quam non videretur filio permittendum vt contra fideicommiſſarium ageret de inofficioſo, quòd etiam poſt victoriam in querela obtentam futurum eſſet, vt nihilomagis petitione hereditatis conueniri fideicommiſſarius poſſet, quippe qui tùm quoque nec pro herede nec pro poſſeſſore, ſed pro fideicommiſſario poſſideret, nimirum teſtamento per querelam licet victricem minimè rupto.

Emendatio l. ſi heredum 10. C. eod. tit. De inoffic. teſtam.

CAP. II.

QVINTINIANVS deceſſerat facto teſtamento, quo heredes extraneos inſtituerat, filium quem in poteſtate habebat, exheredauerat. Defuncti hereditatem adierant heredes inſtituti, atque ita cœperat contra eos filio competere querela inofficioſi, cui tum demum locus eſt cùm adita fuit hereditas non priùs, vt diximus capite ſuperiore. Sed cùm in eo eſſet filius vt aduerſus eos heredes agere vellet, euenerat vt ad fiſcum bona peruenirent. Conſulti à filio Imperatores an ob id peremptum eſſet

ius

ius querelæ proponendæ,& si non esset peremptum,apud quem peragi causam oporteret.Rescripserunt,& integram agendi causam superesse,& apud procuratorem Cæsaris instituendam litem esse. Sed quia filius non satis apertè precibus suis expresserat quonam iure bona patris ad fiscum peruenissent,an quia heredibus patris fiscus successisset an separatim & tanquam bona patris ab heredum bonis distincta. Sic quoque Imperatores loqui necesse fuit,vt omnem casum comprehenderent,qui fauore filij ex iuris ratione comprehendi posset. Rescripti autem verba hæc sunt *Si heredum Quintiniani,quem patrem tuum esse dicis,aduersus quos de inofficioso testamento acturus eras,iure successionis bona ad fiscum pertinent,vel ipsius Quintiniani bona vtpote vacantia filius tenet, causam apud procuratorem nostrum agere potes.* Quorum verborum is sensus esse creditur,& alius sane vix esse potest,vt eo quoque casu quo fiscus bona Quintiniani tanquam vacantia teneat, per querelam inofficiosi testamenti à filio conueniri possit. In quo nihil mihi aut mirum aut suspectum esset,si viderem fieri posse vt in eadem specie ambo ista concurrerent,Et bona patris fieri vacantia, & filium exheredatum patri succedere velle ab intestato. Cùm enim fiscus alicui succedens eo ipso iure vtatur quo vsurus erat is cui successit *l.5.§.si posteriori l.si scius 6.& pass. D.de iur.fisc.* quis miretur dari querelam filio contra fiscum successorem heredum Quintiniani aduersus quos & querelam instituere ipse poterat, & mox instituturus fuisse proponebatur, si ad fiscum bona non peruenissent? Nam nec fiscum solùm, sed & quod magis est eum qui à fisco comparauit constat debere omnes omnino actiones excipere, quæ contra defunctum ipsum cui fiscus successit, competere potuerunt *l.eum qui 41.D. eod.* Sed vnum illud est quod neque concoquere possum,neque intelligere quomodo fieri possit vt bona patris sint vacantia superstite filio quamuis exheredato qui succedere patri velit. Nam præter id quod vacantia bona illa demum sunt quæ non habent successorem, ne quidem ab intestato *l. filiusfamilias 114.§.qui intestato de leg.1. l.1.§. Diuus Pius eod.l.2. in fin.D.de success. edict.* illud etiam me mouet, quod destituto testamento propter repudiationem heredis instituti nolentis adire, aut propter præmaturam mortem ipsius ante declaratam voluntatem, aditámque hereditatem defuncti,fieri nequit vt subsistat exheredatio in eodem testamento facta, id est vt testamentum per omnia irritum ad solam exheredationis notam profecisse videatur, quomodo loquitur Thryphoninus in *l.filium 20. de bonor. poss.contr. tabul.* vbi etiam ex hoc infert ille,filium hunc exheredatum scriptis heredibus nō adeuntibus suum heredem esse ex asse,non secus ac si pater ab initio intestatus decessisset.Parum enim refert an ab initio testamentum nullum à patre factum sit,an res tandem redeat ad exitum intestati. Ergo quemadmodum nullo condito testamento non possent bona fieri vacantia, quandiu superstes filius ab intestato heres esse vellet. Ita neque facto testamento, quod ob secutam extraneorum heredum repudiationem fuerit destitutum. Immò nec hoc casu fieri potest vt locus vllus sit querelæ de inofficioso testamento,cum neque heres quisquam sit contra quem ea proponatur, neque bonorum retinendorum prætextum vllum fiscus habeat filio succedere volenti,quando non aliam succedendi causam habet, quam quia ex omnibus iis qui succedere possent si vellent,nemo sit qui velit. Sufficit namque filium velle querelam proponere vt succedat, ne bona fiant vacantia, multo

magis autem nemine alio ſuccedente, eundem filium ipſum poſſe ab inteſtato ſuccedere,nil obſtante exheredatione, quæ per heredum inſtitutorum repudiationem euanuerit cum ipſo teſtamento. Sed neque verba legis patiuntur,vt eum caſum tractari putemus,quo ab extraneis heredibus inſtitutis fuerit hereditas repudiata,ſed ille potiùs è contrario quo adita fuerit & acquiſita.Id enim demonſtrant legis verba illa *aduerſus quos de inofficioſo teſtamento acturus eras*, cùm iã dixerimus non niſi contra eum qui hereditatẽ iam adierit proponi querelam poſſe *l.Papinianus* 8.*§.ſi condicionis D. de inoffic.teſtam.*Porrò certiſſimum eſt, ſi quid in toto iure certum, hereditatem ſemel agnitam repudiari poſteà nunquam poſſe *l.ſicut* 4.*C.de repud.vel abſtin.hered.l.*1.*§.decretalis D. de ſucceſſ.edict.* Et præterea hereditatem Quintiniani aditam fuiſſe ex illo appatet quod lex ponit Quintiniani bona pertinuiſſe ad fiſcum hoc ipſo quod ipſius heredum bona ad fiſcum ſucceſſionis iure peruenerint Quomodo enim peruenire potuiſſent,ſi Quintiniano priùs heredes ipſi non extitiſſent?Nec eſt contrarium,quod eadem lex aliũ caſum ſubiungit quo ſolius Quintiniani non etiam ipſius heredum bona ad fiſcum fuerint deuoluta. (Qui proculdubiò ſenſus eſt eius verſiculi *vel ipſius Quintiniani bona fiſcus tenet*, vt nouus hic & ſecundus caſus differat à primo.)Nihil enim vetat & aditam eſſe Quintiniani hereditatem ab ipſius heredibus extraneis, & nihilominus ſolius Quintiniani bona perueniſſe ad fiſcum,ſiue viuis adhuc heredibus,ſiue iam defunctis,puta quod heredes in ſtituti ea ipſa bona incapaci alicui ex fideicommiſſo tacito reſtituere rogatus probaretur,in qua ſpecie dubium non eſt quin quod incapaci relictum eſt,ſiue ipſe ſe deſerat,ſiue ab alio præuentus deſeratur, fiſco vindicari *l.*1. *& tot.tit. D.de iur.fiſc.* Quid ergo ſupereſt niſi vt ex hac lege tollamus ea verba quæ difficultatem inexplicabilem patiunt *vtpote vacantia?* Vacant enim proculdubio,nec bonum ſenſum vllum habent,ideóque imperito alicui interpreti non Imperatoribus ſunt adſcribenda. Putauit nimirum imperitus ille interpres quiſquis fuit, non aliter poſſe caſum hunc diſtingui à præcedente quàm ſi de iis patris bonis intelligeretur, quæ tanquam vacantia fiſco delata eſſent,nec animaduertit , non ſolùm fieri e contrario non poſſe vt vacantia ſint quæ filius exheredatus ſibi acquiri velit deſtituto iam per heredem inſtitutum teſtamento. Sed & aliis multis de cauſis fieri poſſe vt bona etiam quæ vacantia non ſint fiſco acquirantur.Et verò ſi tale quid Imperatores reſcribere aut voluiſſent,aut potuiſſent, credibile eſt, ſcripturos eos fuiſſe *vt vacantia* potiùs quàm quomodo ſcriptum legimus *vtpote vacantia*.Sunt enim dictiones iſtæ *vt,tanquam*,& aliæ ſimiles aptiores ad ſimilitudinem & improprietatem, quàm ad veritatem deſignandam: illa verò *vtpote* prorſus affirmatiua,& eius rei quæ pro veriſſima habeatur, vt ita loquar expreſſiua. Porrò non erat cur in propoſita ſpecie Imperatores adfirmarent bona Quintiniani ad fiſcum iure vacantium perueniſſe , non ob id tantum quod iam diximus id fieri nullo modo potuiſſe ſuperſtite filio qui de proponenda querela non aliam ob cauſam cogitabat , quàm quòd patri ſuccedere vellet,ſed etiam quia ex aliis eiuſdem legis verbis appatet neſciuiſſe Imperatores qua ex cauſa patris bona quæ filius propoſita querela poſtmodum per petitionem hereditatis à fiſco auferre volebat , ad fiſcum perueniſſent,propterea quòd filii precibus non ſatis clare id expreſſum fuiſſet,ac proinde verba illa dubitatiuè & incerte potiùs quàm affirmatiuè con

cipi

cipi debuisse. Ergo sic scribi *vt vacātia* non *vtpote*. Sic & in *d.l.filiusfamilias* 114.§.*qui intestato de legat.*1. facilè suspicor irreptitiam esse dictionem *vacantia*, tametsi non negem in illa specie, id est cùm is qui ab intestato decedēs fideicommissum reliquit à fisco ad quē sciuit bona sua peruentura, non aliter posse bona peruenire ad fiscum: nec fideicommisso in iis grauari fiscum quàm si fiant vacantia. Neque rursus sententiæ nostræ obstat quod superiore capite diximus, posse fieri vt etiam rupto iam testamento per bonorū possessionem contra tabulas, vtilis tamen adeóque necessaria sit querela inofficiosi testamenti filio exheredato, vt fratri emācipato qui totum habuit per bonorū possessionem contra tabulas aufferat ille suo iure partem *d.l.filium* 20.*vers.sed quemadmodū D. de bonor.poss.contr.tabul.* Alia enim ratio est vel in illa ipsa specie rupti testamenti, alia destituti. Destituto testamento redit res ad causam intestati, fitque locus iis qui ipso iure successuri erant si nullū testamentum factum fuisset: atque idcirco filius etiam exheredatus admittitur, & quidē solus nisi quod emancipatum quoque prætor pro sua virili parte tuetur, tāquam ab intestato, vt ea lex ait, quæ ratio similiter facere debet ne superstite exheredato, qui patri succedere velit, bona fiant vacantia. Rupto autem testamento per bonorū possessionem cōtra tabulas quam filius emancipatus idémque præteritus obtinuit à prætore, qui nec eā daturus fuerit fratri exheredato, nec eum ad beneficij sui participationem admissurus, nō similiter fieri potest vt exheredatus admittatur, nisi proposita priùs querela, quoniam emancipatus rumpendo testamentum per contra tabulas nō solùm fecit intestatum patrem (quod si esset non minùs fratris quàm suum propriū negotium gessisse intelligeretur) sed etiam sibiipsi hereditatem acquisiit, excluso per eandem edicti partem fratre exheredato, quandiu non probaret se immerenter exheredatum, quod ipsum tamē nisi per querelam inofficiosi probare non potest *l.non putauit* 8.*eod.* Exemplo eius quod dicimus posthumum à patre præteritum rumpere testamentum, nō tantùm eo modo quo iam natus filius, idémque præteritus iniustum facit, sed cum eo præterea priuilegio vt rumpendo succedat, sibique locum faciat *l.nā etsi.§. D.de iniust.rupt.& irru.fact.testam.* Ergo in specie *d.l.filium*, hoc est rupto testamento per bonorū possessionem cōtra tabulas, ideò necessaria est querela filio exheredato quia extat persona quæ suo iure vniuersa patris bona possidet, & à qua nihil prorsus aufferre possit quādiu manet exheredatus, id est quousque probauerit se immerenter exheredatū, quod non fit nisi per querelam. Destituto autem testamento per extranei heredis repudiationē, inofficiosi querela dari nec potest nec debet, quia nemo est qui in iis bonis filio quamuis exheredato præferendus sit, irrita quoque facta cū ipso testamento exheredatione, nec qui prohibere possit quominus filius etiam citra querelam succedat patri vtpote intestato, ne fiscus quidē eo prætextu quasi vacantia sint bona cùm prius sit exclusum esse filiū à spe succedendi ab intestato quàm vt bona fieri vacantia possint *d.l.1.§.Diuus.D.de iur.fisc.*

Emendatio l.Statius Florus 48.D.de iur.fisc.

CAPVT III.

SI quis adhuc est qui putet nullum in toto iure nostro locum esse quem imperiti interpretis audacia inscitiáque corruperit, quod antiquiores omnes interpretes scrupulosè & superstitiosè magis quàm aut verè aut verecundè defenderunt, vel vna hæc lex facere poterit

vt intelligat, nihil falsius dici posse. De qua tamẽ miror nihil quod viderim tactum fuisse ab iis qui tot alios iuris locos simili morbo vicioque laborantes aut indicarunt, aut etiam quod non æquè facile est, feliciter emendarũt. Statius Florus testamento scripto heredis sui Pompeij ex toto asse instituti tacitæ fidei commiserat, vt ei qui ex legibus capere non poterat daret fundum, & certam pecuniæ quantitatem, nec contentus ea tacita Pompeij fide curauerat eo nomine exigi ab ipso cautionem. Sed quam, aut de qua re? *se restituturum ea quæ ei per præceptionem dederat.* Sic enim textus habet, quod tamen quàm ridiculè additum sit, & consequenter interpreti potiùs quàm Paulo adscribendum, ex eo statim apparet quod iam diximus, fuisse Pompeium solum eo testamento heredem institutum. Quomodo enim potuissent ei relinqui præceptiones vtiliter, aut ab alio quàm à seipso? Quis nescit heredi à semetipso legari non posse? *l. & quidem totum 18. l. planè 34. §. si duobus de legat. 1.* à coherede verò solo posse? *l. legatum est 116. §. 1. eod.* Aut verò quid aliud præceptio est, nisi legatum, quod vel pro parte capitur à coherede vt in *d. l. legatum est, l. miles ad sororem 75. §. 1. De legat. 2. l. in quartam 91. D. ad leg. Falcid.* vel etiam totum ex portione alteri restituenda deducitur, vt in specie *l. cùm pater 77. in princip. de legat. 2. l. deducta 58. §. acceptis. D. ad SC. Trebell.* Non ergo potuerunt in proposita specie præceptiones dari Pompeio qui solus & ex toto asse scriptus erat, ac proinde non potuit ille fideicommissario incapaci cauere, se ipsis restituturum omnia quæ à testatore per præceptionem accepisset. Quid ergo? Cautionem conceptam fuisse necesse est de restituendo nominatim fundo & ea ipsa quantitate quę tacito illo fideicommisso fuerat definita. Hæc igitur prima emendatio sit, quod totam illam clausulam tollimus, quam sicuti pro præcedentium verborum interpretatione subiectam fuisse negari non potest, ita & fatendum est parum eleganter sic fuisse conceptam *se restituturum ea quæ ei, &c.* Scripsisset enim Paulus *sibi* vel *ipsi*, non *ei.* atque ita iustam Laurentij Vallę reprehensionem effugisset. Sequitur *Postea idem Florus facto secundo testamento, & eodem Pompeio & Faustino heredibus institutis, nullas præceptiones Pompeio dederat.* Hic verò cœpit Paulus loqui de præceptionibus, vbi cœpit tractare de pluribus heredibus institutis, ac de coherede dato huic Pompeio qui priore testamento solus institutus nullum habuerat coheredem. Nostri autem interpretes hanc tantùm differentiam obseruant inter vtrunque testamentum, quod posteriore testamento præceptiones nullæ relictæ fuerant, sed priore, Cùm è contrario dicere & obseruare debuerint priore non solùm relictas nullas fuisse, sed nec relinqui potuisse. Posteriore verò relictas quidem similiter nullas fuisse, sed tamen relinqui aliquas potuisse, si testator voluisset. Cur ergo monet Paulus nullas posteriore testamento præceptiones Pompeio datas esse? Aut quid erat hoc necesse, si nec vllas priore testamento idem Pompeius acceperat? Nimirum quia ex eo videbatur sumi posse pro Pompeio non obscuram coniecturam voluntatis, quòd testator à tacito illo fideicommisso quod priore testamento reliquerat, recessisse videretur. Cùm enim à solo Pompeio illud reliquisset, quem & solum priore testamento scripserat heredem, quis crederet voluisse testatorem vt non eo minùs præstaretur ab eodem Pompeio, cui secundo testamento coheredem Faustinum, pręceptionem verò nullam adscripsisset? Non enim poterat bona esse illatio à grauamine iniuncto ei qui solus ex toto asse institutus idipsum

psum ex tota hereditate soluere commodè potuisset, ad grauamen ab eo præstandum, cui datio coheredis partem dimidiam hereditatis abstulisset. Et hæc sanè dubitandi ratio non inelegans apud Paulum licèt ab eo minùs expressa fuit. Quid tàndem accidit? *Hæc persona*, inquit Paulus, *quæ capere nō poterat, se detulerat.* Nempe vt taciti fideicommissi partem ex edicto & beneficio Diui Traiani cōsequeretur. Edicto enim Traiani constitutū est, vt si quis antequàm causa eius ad ærarium deferretur, professus esset eam rem quam possideret capere sibi non licere, ex ea re partem fisco inferret, partem ipse retineret. *l. edicto* 13. *in princip. l. Senatus censuit* 15. §. *Senatus. l. cùm tacitum*. 49. *D. eod. tit.* *Consulis Imperatores à procuratoribus suis* quorum de huiusmodi causis cognitio est, *rescripserant si non probaretur mutatam voluntatem esse, præstandum fideicommissum.* Probationem igitur mutatæ voluntatis exigendam putauerunt ab ipso herede qui mutationem illam allegabat non à fideicommissario, tametsi fideicommissarius actor esset, heres autem reus. In eóque cum interpretibus nostris sentio. Si enim à fideicommissario ipso aliqua probatio exigeretur, eius esset probare non mutatam voluntatē, non probare mutatam. Sed quod iidem in hanc rem adferunt Papiniani responsum in *l.* 3. *D. de probat.* mihi placere nullomodo potest. Nam quod eo loco Papinianus respondit, Cùm tacitum fideicommissum ab eo datur, qui tam in primo quàm in secundo testamento pro eadem parte vel postea pro maiore heres scribitur. probationem mutatę voluntatis ei incumbere qui conuenitur. Ostendit manifestissimè à contrario sensu, si heres qui tacitam fidem accommodauit, scriptus sit ex minore portione in posteriore testamento, non esse illum hoc præterea incommodo afficiendum vt mutatæ voluntatis probatione oneretur. Quod & eiusdem Papiniani subnexa ratio clarius demonstrat, *Cum suscepti secreti ratio*, inquit ille, *plerunque dominis rerum persuadeat eos ita heredes scribere quorum fidem elegerunt.* Sensus enim est, credendum plerunque eos qui tacitam fidem defuncto contra leges accommodauerunt non alia ratione scriptos heredes, quàm vt iis veluti fraudis suæ ministris testator abuteretur, non vtique scripturus eos si fidem suam accommodare noluissent. Quæ tamen ratio non aliud probat quàm quod Papinianus probare voluit, solā testamenti mutationem non sufficere vt credi debeat heredi alleganti mutatam esse voluntatem quod ad tacitum fideicommissum attinet si posteriore testamento idem heres vel ex eadem, vel ex maiore portione scriptus proponatur: quamuis si fideicommissum expressum non tacitum relictum fuisset, proculdubio sufficeret mutatū esse testamentum, vt ab omni voluntate in eo contenta recessum videretur, *l. si quis priore* 29. *D. ad SC. Trebell.* Nam quod regulare est vt ei qui voluntatem mutatam dicit, incumbat onus probandi *l. eum qui voluntatem* 22. *D. de probat.* tunc obtinet cùm idem testamentum manet aut idem codicillus, non cùm prior scriptura per posteriorem non solùm immutata, sed etiam sublata est. Atque ita quod mirum videri possit maior vis est taciti & fraudulenti fideicommissi, quàm expressi & liciti quod ad hoc saltem vt difficiliùs reuocatum esse intelligatur, cùm idem heres tacitè grauatus, & vtroque testamento institutus non minus commodi sensurus est ex posteriore quàm sensurus fuerat ex priore si sublatum illud per posterius non fuisset. Cæteri námque heredes ideò grauati creduntur, quia fuerunt instituti *vulg. l. ab eo* 9. *C. de fideic.* Hic contra, vt Papinianus sentit, ideo institu-

tus intelligitur, quia fuit oneratus tacito fideicommisso. Cęterùm non idem Papin. sensit, nec sentire quisquam iure possit, illo etiam casu quo heres cuius tacita fides electa est minus commodi percepturus sit ex posteriore testamento, quoniam illa ipsa suscepti secreti ratio qua Papin. mouetur, nō solum non inducit, sed neque patitur, vt eadem subsistente taciti fideicōmissi voluntate heredis qui fidem suam accommodauit institutio posteriore testamento minuatur. Atqui ea in specie quam nos tractamus, imminuta fuerat institutio Pompeij per posterius testamentum scilicet adiectione coheredis, qui nullus erat in priore adscriptus. Sic enim fit vt qui manente priore testamento hereditatem totam habiturus fuit, non nisi dimidiā eius partē consequatur ex posteriore. Ergo si nihil nisi Papiniani verba & illius responsi sententiā inspicere volumus, consequens potius est vt in proposita specie non sit Pompeius mutatæ voluntatis probatione onerandus. Et tamen reuera ita est vt onerandus ipse sit, non fideicommissarius. Qua igitur ratione? Noua certè, necdum à quoquam, vt arbitror, explicata. An illa fortasse, quòd hic heres non tam ex defuncti voluntate conueniatur, quàm ex propria cautione, vt proinde mutata quoque testatoris voluntate non eo minùs conueniri possit, hactenus saltem vt ad elidendam actionem quam summo iure contra se dandā videt, necessaria ei sit exceptio doli mali *l. 2. §. circa D. de doli except.* quæ porrò cùm non nisi æquitate nitatur, *l. 1. eod.* nulla æquitatis ratione videtur ei accommodanda, qui se obligando id egit quā tum potuit vt fraudem faceret legi, *arg. l. matrem pen. in fin. D. ad S C. Trebell.* Minimè verò. Nam si ratio bona esset æquè concluderet non solùm probatione mutatæ voluntatis, onerandum esse heredem quod nos admittimus, sed etiamsi millies probaret mutatam voluntatem, perinde tamen futurum vt ex proprio chirographo vtiliter & efficaciter conueniri deberet: quod nos negamus, negántque Imperatores à Paulo relati & probati hoc ipso quod mutatæ voluntatis probationem exigunt ab herede. Cur enim exigerent, si nihil esset ea profutura? An fortè id vnquam agere lex solet, aut Princeps aut bonus iudex vt quenquam oneret superuacua probatione? Vtique non magis quàm vt superuacua cautione, quod iniquū esse ait Vlp. in *l. hac stipulatio 14. in fi. D. vt legat. seu fideic. nom. caueat.* Dicendum est exigere nos probationem ab herede, quia licèt minus commodi sentiat ex posteriore institutione quàm sensurus fuerat ex priore, nec æquum sit mutatione voluntatis probata, teneri eum ex propria cautione, quippe quā fecerit secutus tacitam illam testatoris voluntatem pro causa, qua mutata & cessante nullas quoque cautionis vires esse ipso iure oporteat, *arg. l. 1. §. si quis sub conditione eo. tit. & l. si quis sub condicione 7. D. de condic. instit.* nulla tamen præsumptio pro eo facit, nec sumi potest coniectura mutatæ voluntatis ex eo solo quod posteriore testamento acceperit coheredem, quoniam sicuti testator non vsque adeò tacitam illius fidem secutus est, vt non etiam curauerit exigi ab eo cautionē. Ita credibile est si mutasset ille voluntatē, fuisse facturum vt interposita cautio extingueretur. Id enim consequens erat naturali iuris regulæ vt taciti fideicommissi vinculum eo ipso modo quo colligatum erat dissolueretur. Atqui factum id non erat nec de cautionis iure dissoluendo quicquam à testatore rogatum aut cogitatum proponebatur. Manebat ergo integra præsumptio contra heredem, non minùs quàm si ex eadem aut ex maiore portione in posteriore testamento scriptus extitisset.

Quod

Quod sanè secus fuisset si Pompeius heres aut nullam cautionem taciti fideicommissi nomine, aut aliquam equidem, sed eam vltro & sponte, non etiã idipsum curante & satagente testatore emisisset. Sequitur apud Paulum, *Atque ita Pompeius condemnatus*, supple cùm probare non posset mutatam voluntatem (ideò enim quæri solet, cui onus incumbat probandi, quoniam is cui incumbit, si nihil probet, omnimodo cõdemnandus est, etiãsi aduersarius nihil ex parte sua præstet, *l.4.C.de edend. §. commodum Instit. de interd.*) *desiderabat onus esse id hereditatis oportere.* Vt scilicet quemadmodum partẽ duntaxat dimidiã totius hereditatis habebat propter adiectũ coheredem. Ita & taciti fideicommissi, de quo in solidũ rogatus fuerat, nonnisi partem præstaret. Ratio autem qua mouebatur illa erat, quam Paulus subiicit, *quia praeceptiones non acceperat.* Cuius rationis non ille sensus est, quem malus interpres credidit cùm præcedentia corrupit, quasi testator in posteriore testamento ademisset Pompeio præceptiones quas ei dederat in priore. Sed is potius quem in superioribus iam indicauimus, quòd nulla subesse videretur causa propter quam totum fideicommissi taciti onus præstare deberet is qui dimidiam tantùm partem hereditatis haberet, cùm iniuncti fideicõmissi tempore tota ei hereditas destinata relictáque fuisset. Est enim regulare vt quod alicuius emolumenti prætextu iniunctum fuit onus, vel nõ debeatur si emolumentum illud non detur, *l. Tutia cùm testamento 34. in princ. de legat.2.* vel pro rata diminuti emolumenti ipsum etiam diminuatur, *d.l. cùm pater 77.§.cùm existimaret eod.l.pen. D.de iur.codic.* Sicut & è contrario interdum euenit vt per ademptionem oneris quod legato vel fideicommisso adiectum fuerat, legatum quoque aut fideicommissum ademptũ intelligatur, *l.alumnae 30.§.ab heredibus D.de adim.legat.* Tanta est inter dispositionem quamlibet, quæ onus habet, ac onus ipsum connexitas. *l.sed duobus.§.§.1.de leg.2.l.si legatario 22.D.de fideic.liber.* Subiungit Paulus, *nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem perseuerasse, sed in vniuerso pronunciauit.* Hæc verò verba sunt, quæ interpretis nostri imperitiam produnt euidentiùs. Adiecit enim de suo verbum, *pronunciauit*, cùm si bonus fuisset grammaticus, scribere debuisset, *pronunciauerunt*, cùm non de imperatore locutum sit in singulari numero in præcedentibus, sed de imperatoribus, iis verbis, *consulti imperatores.* Adiecit autem vir minimè malus. quia putabat deesse verbum à quo regerentur cætera verba infinitiui modi quæ in eadem clausula, & præcedunt, & sequuntur, *nec posse videri, extare, peti potuisse.* Animaduertere verò debebat præcedere verbum *desiderabat*, à quo construi commodè possint, tanquam quod implicitè ac vi ipsa contineat & significet idipsum quod verbum *dicebat* vel *contendebat*, vel quod aliud simile, si fuisset expressum, significasset. Deinde nec nouum esse, vt cùm infinitiuis vtimur, prætermittamus verbum à quo regi possint, vt cùm dicimus, *Ille statim pallere, mox erubescere*, & sexcenta similia, quæ vel minimus quisque Grammaticulus subministraret. Denique tota illa clausula, *nec posse videri pro parte in prima voluntate testatorem perseuerasse, sed in vniuerso, nec testamentũ prius extare, nec si dedisset in primo testamẽto, ex posteriore peti potuisse, nisi petitũ esset*, rationes cõtineri quibus causam suã Põpeius nõ insubtiliter tuebatur, ne taciti fideicõmissi, quãuis à se solo relicti onus supra portionem suam hereditariam agnoscere & suscipere cogeretur.

Prima illa erat, quòd cùm placuisset Imperatoribus testatorem in dubio nō videri à priore voluntate recessisse, tametsi testamentum mutasset, adeóque Pompeium hunc ex minore quàm anteà portione testamento posteriore heredem instituisset, illud etiam consequens videbatur, vt credendus esset in prima illa voluntate non pro parte duntaxat, sed in vniuerso perseuerasse, id est voluisse non vt totam hereditatem Pompeius haberet, à quo solo tacitum fideicommissum reliquerat, sed vt perinde ex tota hereditate fideicommissum præstaretur, acsi solus Pompeius ex priore testamento heres esset, vt adiectio coheredis si non noceat fideicommissario, prosit saltem grauato, vt non ex sola ipsius portione fideicommissum præstetur, sed ex tota hereditate, ad quam vtique respexit testator, cùm eum solum grauauit qui solus quoque heres scriptus erat. Alioqui videbitur induci diuisio voluntatis, nec nisi pro parte testatorem in prima voluntate perseuerasse, si totum onus præstandum sit: neque tamen ex tota hereditate, sed ex sola Pompeij non nisi semissem habentis portione. Secunda ratio erat, quia non alio colore poterat Pompeius fideicommissi huius taciti nomine conueniri, quàm quia priore testamento heres scriptus fuisset. Fideicommissa enim tacita licèt in testamento non scribantur, si quando tamen præstentur ab herede qui tacitam fidem accommodauit, præstantur tanquam ab herede, quasi qui non minùs obligatum se sentiat vt præstet quicquid promisit testatori, licet testamento id scriptum non sit, quàm si apertè scriptum ritéque datū esset. Certè nec magis obligatus esse potest ad præstādum id quod scriptum nō fuit, etiamsi fraus facta legibus minimè detegeretur. Atqui testamentū prius quo fuerat Pompeius institutus, & quod solū testatori causam dederat vt tacito isto fideicommisso Pompeij fidem obstringeret, desiit extare, ex quo secundum testamentum factum est, eóque sublatum primum. Alterutrum igitur fatendū videtur, vel nullo modo manere obligatum Pōpeium vt fideicōmissum tacitum præstet iure primi testamenti quod sublatum fuit, vel non nisi ex posteriore testamento obligatum videri debere, atque ita liberandū eum partis præstatione, cùm eo testamento non nisi pro semisse fuerit institutus, non vt reliquæ partis iacturam faciat fideicommissarius quem iam admisimus totum cōsequi debere, totum inquam quod ex Traiani beneficio consequi potest, hoc est totius fundi & quantitatis per tacitum fideicommissum relictæ dimidiam portionem, sed vt reliqua illa pars ex adiecti coheredis portione detrahatur, vt quod vnus heres totum deberet si solus esset, ab vtroque præstetur, & ex tota hereditate cùm duo fuerūt instituti. Tertia ratio erat, quia illa etiam fideicōmissa quæ primo testamēto rectè & vtiliter relicta sunt, facto alio testamento non modò ex priore testamento quod sublatum est peti amplius nō possunt, sed neque ex posteriore etiam in quo idem heres scriptus sit qui in priore, nisi fuerit iterum ille rogatus. Quantò minùs igitur ex posteriore testamento, in quo additus sit coheres fideicommissum debebit Pompeius qui eo testamento rogatus non fuit, licèt fuerit aliquando rogatus, non quidē priore testamēto, sed tamen tanquam heres priore illo institutus ex toto asse? Verùm ratio hæc vltima leuior est, quia supponit fuisse per posterius testamentum mutatā voluntatem: quod falsum iámque negatum est, nisi rationem adiuues & suppleas Pompeium hunc non solùm rogatum non fuisse posteriore testamento, sed nec rogari potuisse vt totū fundum ex portione sua daret, cùm eius

partem

partem necesse sit capere ipsum a coherede *d.l.cum pater 77. in princ.& d.l. deducta §.acceptus.* Responderi tamen ad rationes istas omnes potest, futurũ vt locum haberent si ex testamento vel priore vel posteriore Pompeius tanquam heres conueniretur, quomodo conueniri eum necesse esset si de tacito fideicommisso præstando nihil cauisset. At cùm ex cautione sua conueniatur, nec probet sibi datas vllas præceptiones per quas imminui debeat hereditaria portio coheredis, nihil aliud est quod dicere possimus, quàm quod placuit Imperatoribus debere præstari totum fideicommissum ab illo solo, id est, ita vt nullum in ea re sit onus coheredis qui nec expresse nec tacitè fuit rogatus, & *ex sola ipsius cautione*, vt lex ait, hoc est ita vt ex cautione tantùm non etiam ex testamento condemnatio fiat, tametsi non alio prætextu aut iure maneat efficax cautio ad agendum, quàm quod mutato quoque testamento nihilomagis voluntas testatoris mutata censeatur. Ergo bene Paulus noster qui quid ab Imperatoribus suis decretum & cõstitutum esset, nihil dixerat, totam quæstionem ita concludit, *Placuit, quia non probabat sibi datas præceptiones ex sola sua cautione solum fideicommissum præstare debere.* Eleganter verò in Pompeium retorquet eam ipsam rationem qua Pompeius præcipuè mouebatur. Putabat enim non debere se teneri nisi pro parte quia præceptiones nullas acceperat propter quas æquum videri oporteret totum fideicommissum ab eo præstari qui pro parte tantùm heres esset. Imperatores verò ob hoc ipsum quod non probabat sibi datas vllas præceptiones, nec rursum mutatã testatoris voluntatem putarunt eum condemnandum vt ex sola cautione sua solus totum fideicommissum præstaret. An fortè tanquam Pompeius & ex propria persona obligatus? Nequaquam, sed tanquã heres Flori. Si enim poneres posteriore testamento nulla ex parte fuisse illum à Floro institutũ, nulla prorsus ratio esset cur ex sua cautione, siue in totum, siue pro parte condemnandus videretur. Sed cùm heres manserit, licèt pro parte tantùm, condemnatur in solidum ex propria cautione, quia & in solidum cauerat, & iusta cautionis causa supererat, quantumuis modica esset hereditatis portio, quam ille ex posteriore testamento retinuisset. Legis species & sententia est sanè perelegans, & in qua vix puto quemquam ex Iureconsultis nostri temporis si eadem facti species nunc primùm incideret, idem fuisse responsurum quod Impp. pronunciarunt: nec abs re posset quis iocando suspicari apud Cæsares alioqui nomini Pompeiano infestissimos, tam nocuisse isti heredi quod Pompeius nominaretur, quàm quòd tacitam fidem contra leges accommodasset, si iuris ratio à nobis iam fusissimè explicata minùs diligenter attenderetur.

Emendatio l.2.C. de transact.

CAPVT IV.

FRATER cum sorore sua à qua hereditatis paternę controuersiam aliquam verebatur, transegerat nulladum lite mota, ex eáque causa cauerat certam pecuniæ quantitatem ei se debere, nec tamen soluerat, sed priusquam ad solutionem vrgeretur, consulebat Imperatorem, an ius haberet condicendæ promissionis & obligationis, quasi sine causa factæ licèt transactionis color quæsitus esset, cùm nulla lis vnquam fuisset de qua transigi potuisset. Rescripsit Imperator, etsi nulla fuisset adhuc mota quæstio hereditatis, sufficere tamẽ quod propter timorem litis interposita esset trans-

actio, vt pecunia eo nomine promissa rectè cauta intelligatur. Neque id vllã apud me aut aliquem ex interpretibus habet dubitationem. Constat enim iustissimum esse titulum transactionis, nec sine causa videri datum aut promissum quod per transactionem datum aut promissum est, quamuis pro seiunctis & separatis habeantur ista, Dari quid ob transactionem, & dari quid ob causam in *l. summa 65. in princ. D. de condict. indeb.* Ideo fortasse quia trãsactio satis idonea & sufficiẽs sui ipsius causa est. Nam, vt ibidem Paulus subiungit quod transactionis nomine datur, licèt res nulla media fuerit ex alia parte, nõ repetitur, cùm si lis aliqua fuerit hoc ipsum quod à lite discedirur iusta transactionis causa esse videatur. Etsi verò adiecimus *Si lis aliqua fuerit* quomodo etiam Paulus loquitur, non tamen casum illum excludimus, nec excludere Paulus voluit, quo nulladum lis fuerit tempore interpositę transactionis, si modò iustus potuerit subesse metus futuræ litis. Quid enim hac parte potest interesse an lis præsens sit, an futura? An non perinde dubia res est de qua metui lis iusta potest? Cur verò de lite hic loquimur, nisi vt significemus dubiam esse rem & incertam de qua transigitur, quia nec de alia re fieri transactio potest, in eóque præcipuè distat à pacto *l. 1. D. de transa.* Nã & inde est quòd si per euidentem calumniam lis instituta proponatur, non eò magis transactio valet *d. l. in summa* §. 1. Tunc enim per euidentem calũniam instituta lis dicitur, cùm dubitandi ratio nulla fuit quæ litis nõ calumniosæ materiam præbere posset. A quo casu differt ille cùm dicis causa mouetur lis, & perfunctoriè ad hoc solùm vt transactioni color quęratur inter aliquos in alterius necem colludentes. Huiusmodi namque transactio per collusionem non per calumniam facta dici debet. Quæ per calumniam fit id agit vt damnum irroget ei personæ cũ qua transigitur. Quæ per collusionem, dolum vtriusque transigentis habet, vt tertio damnum inferatur. Neutra valere debet, quia quod dicis causa, hoc est perfunctoriè ac simulatè fit, semper pro infecto habendum est *l. 4. D. commod. l. 1. §. excusantur 34. D. ad SC. Silan. l. si ex precio 6. C. si cert. pet.* Et eæ demum transactiones valent & ratæ habentur, quæ nec vi nec dolo, sed sponte ac bona fide facta sunt *l. fratris 10. l. præses prouinciæ 12. & seq. l. sub prætextu instrumenti 19. C. de transact.* Sed quod sequitur apud Imp. in *d. l. 2. ex qua causa si fisco soluisses repetere nõ posses, & si non soluisses tamen iure conuenireris*, quem sensum habeat difficile est explicare. Quid enim proposita species aut quæstio commune habet cum iure fisci, vt hîc de fisco tractari oporteat? Nihil prorsus, nisi cum Accursio & recentioribus nonnullis Accursium secutis suppleas successisse fiscum sorori cum qua frater transegerat. Quod tamen nec sine diuinatione supplere possis, cùm in præcedentibus nihil sit ex quo possis id coniicere, at ne quidem sororis mortem aut damnationem suspicari, nec rursum causa aliqua fuerit propter quam de fisco potiùs quàm de alio herede quolibet agi oporteret. Illud verò longè improbabilius est quod Hugo Donellus, tersus alioquin & elegans Iureconsultus scripsit tractari de fisco ex hypothesi, vt etiamsi is sorori successisset aliqua ex causa, non eò minùs tamen transactio valere debeket atque efficax esse tam ad agendum quàm ad retinendum. Cur enim putaremus deteriorem esse debere hac parte condicionem fisci, quàm alterius cuiuslibet successoris, cùm in cæteris ferè omnibus melior esse soleat? Quod verò Iacobus Cuiacius libro 9. Obseru. cap. 24. hanc legem intelligit de vicesima heredi-

hereditatis quæ fisco soluebatur, nihil minùs quàm probabile est. Nō enim soluebatur cùm de parentum hereditatibus vt in proposita specie inter fratrem & sororem agebatur, propterea quòd eiusmodi hereditates parentum ex ipsorum voto, iuréque naturali liberis debitę crederentur. Qua etiam ratione lex Iulia de caducis erubuerat iugum imponere liberis ad tertium vsque gradum vt Iustinianus testatur in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* Dicendum igitur est mendum magnum, sed quod facilè ex literarum similitudine conflari potuit in verba legis irrepsisse, & pro *fisco* reponendum esse *ilico*. Hoc sensu vt cautio & promissio facta certæ quantitatis ex causa transactionis condici nullomodo possit, quia siue ilico soluta fuisset ea quantitas, repeti postea non posset, siue soluta non esset, peti vtiliter posset ac sine vllius exceptionis metu. Consequens igitur est vt obligatio etiam vtiliter facta cōtractáque intelligi debeat, ob idq; nec condici possit, quomodo posset vtiq; si ve ex nulla vel ex falsa vel ex iniusta causa frater sorori cauisse proponeretur. Tā aperta vero est hęc emendatio, & prima etiā fronte tā probabilis, vt in ea comprobanda diutiùs immorandum nobis esse non arbitremur.

Emendatio l. hac Scriptura 26. D. de condic. & demonstr.

CAP. V.

VLGATA lectio sic habet, *Hac Scriptura*, si viginti dederit aut iurauerit se aliquid facturum *vnam condicionem exprimit habentem duas partes*. Hoc verò falsum est. Duplicem enim condicionem hæc scriptura exprimit, non vnam habentem duas partes. Prior condicio illa est *si dederit viginti.* Posterior autem disiunctim & alternatiuè subiuncta *si iurauerit se aliquid facturū*. Idque iā ante nos Iacobus Cuiacius lib. 5. Obser. cap. 1. felicissimè & ingeniosissimè, vt alia penè innumera, obseruauit. Mendum tamen vulgatæ lectionis non satis feliciter, vt arbitror, emendauit. Putat enim sic legendum *si iurauerit se viginti daturum, aut aliquid facturum*, nec animaduertit quod meo iudicio per se notissimum est, hoc quoque casu duas esse condiciones non vnam duntaxat quę duas partes habeat. Etsi enim tota hæc clausula non nisi vno verbo *iurauerit*, vnicóque articulo illo *si*, qui condicionem facit, perficitur, idem tamen verbum tacitè repetendum est, idémque articulus, vt non minùs secunda quàm prima condicio bonum habeat sensum. Quid enim refert an scriptura ita vti ex Cuiacio diximus concepta sit, an hoc potiùs modo *si iurauerit se viginti daturum, aut si iurauerit se aliquid facturum.* An non idem vtriusque formulæ sensus est? Et tamen quis negauerit posteriore scriptura duas exprimi condiciones? Ergo & priore, noua igitur formula verborúmque conceptio quærenda est per quam fiat vt verè dici possit non duas esse condiciones, sed vnam duntaxat, quamuis duas habentem partes. Eam verò facilè inueniemus si sic legemus *si iurauerit se aliquid facturum.* Nemo enim dixerit his verbis tam simplicibus & præcisis duas condiciones vllo casu, vllóque modo contineri. Vna tantùm est quam nec paucioribus verbis exprimere possis. In eóque non puto quemquam reperiri posse adeò imperitum qui à me sit dissensurus. Sed facilè omnes quærent quomodo aut quo sensu posse

eo falsus & deceptus euidenter, nisi fallor ego stupidissimè, quòd ea verba *si iurauerit se decem daturum, aut monumentum facturum* pro vnico propositę condicionis exemplo accepit, quæ proculdubio exempla sunt eius condicionis & scripturæ, de qua cum Iuliano tractamus. Vnum, *si iurauerit se decem daturum*, Alterum, *si iurauerit se monumentum facturum*: Quibus duobus exemplis Iulianum vti conueniens fuit, vt ostenderet nihil hac parte inter dandi & faciendi obligationes interesse: quod & ab Vlpiano factum est in *dicto §. quoties*. Sed nondum bene & omnino Iulianus explicatus est. Quęret enim aliquis fortasse, Cur distinguat Iulianus an duplex condicio sit, an vna tantùm quæ duas habeat partes? Respondeo, quia cùm vna duntaxat condicio est duas partes habens, vtraque pars est implenda, si non altera edicto prætoris remittatur. Est enim proprium illud cuiuslibet condicionis, vt sit indiuisibilis, & consequenter in totum implenda, nec proficiat hilum fuisse impletam ex aliqua parte, nisi cùm ex coniectura voluntatis diuisio condicionis induci potest *l. cui fundus § 6. eodem titul. de condicion. & demonstr.* Ergo in proposita specie quamuis iusiurandum remittat prætor, atque ita faciat ne is qui iussus erat iurare se decem daturum, cogatur implere condicionem ex ea parte qua iurare iussus fuit, non eo minùs tamen cogitur decem dare, & ex hac parte parêre condicioni, quoniam vnica condicio est, quæ licèt pro impleta habeatur, ex qua parte à prætore remittitur, quia tamen non in totum, sed pro parte duntaxat remittitur, necessariò implenda est quatenus non est remissa. Alioqui diuideretur, & sufficeret impleri eam pro parte contra iuris nostri rationem. At cùm duplex condicio est, si non vtraque coniunctim adscripta sit, sed disiunctim, &, vt loquûtur, alternatiuè, constat sufficere vt alterutra impleatur, ac proinde quod est consequens, etiam sufficere vt alterutra prætoris edicto remittatur, siquidem quæ remittitur, licèt pro non implenda verius quàm pro impleta habeatur, vt alibi scripsimus ex *l. facta 63. §. si sub condicione D. ad SC. Trebell.* non minus tamen ei cui adscripta fuerat prodesse debet ne alteram condicionem præcisè implere compellatur, quàm si ea quæ remissa est, & implenda fuisset & impleta. Aliter enim posito iure fieret vt quæ non nisi eius gratia sit remissio, ipsi noceret. Itaque si fingas heredem te institutum sub duabus his alternatiuis condicionibus, *si Titio decem dederis, aut iuraueris te Maniam coniugem tuam occisurum*, dubitandum non est quin heres futurus sis, etiamsi Titio non dederis decem, quia non sub illa tantùm condicione dandorum Titio decem scriptus fuisti, sed sub alia etiam, quam sufficit à prætore remissam esse in totum, id est, non tantùm quod ad iusiurandum, sed & quod ad factum de quo iurare iussus eras, vt ad tuum commodum pro impleta habeatur, hactenus saltem ne aliam pręcisè implere cogaris, quæ disiunctim & sub alternatione non coniunctim fuerat adscripta, *l. si heredi plures 5. D. de condic. instiu.* Perinde igitur heres esse poteris, etiamsi des Titio nihil, acsi & iurasses te coniugem tuam occisurum & subinde occidisses, quia non potest tibi imputari cur vel hanc condicionem non impleueris quæ fuit contra leges & bonos mores, vel aliam dandorũ Titio decem, quę quamuis fuerit licita, non sic tamen iniũcta tibi fuit vt eã omnimodo & pęcisè implere debueris, cùm idem testator arbitrium tibi dederit non implendi, adiecta condicione alia, eáque alternatiua.

Idque est quod idem Vlp.scribit in *d.l.quæ sub cõdicione.§.si quis sub iurisiu randi.De condic.instit.*Si quis sub condicione iurisiurandi sit institutus,aut si decem dederit,hoc est alternata condicione,vt aut pareat condicioni, aut iuret,posse quidem dubitari nunquid remitti ei condicio non debeat, quia potest alteri condicioni parendo esse securus, sed esse verius remittendam condicionem,ne inquit,alia ratione alia condicio cum vrgeat ad iusiurandum,puta quod fortè ita sit affectus vt facilius sit iuraturus quàm decem daturus.Ex qua ratione apparet,quod lex ait *remittendam condicionem*,non de sola iurisiurandi condicione intelligi debere,sed de condicione ipsa alternata,de qua & in singulari numero Vlp.loquitur, quia cùm alternatiuam condicionem dicimus,licet in numero singulari, omnes condiciones quotquot in alternatione sunt significamus, quasi vnius appellatione includendas ob id quòd vna eadémque condicionis clausula & formula continentur. Porrò alternatam condicionem remitti nihil aliud est, quàm cum cui duplex illa condicio alternatiua fuerat adscripta neutram implere compelli.Longè diuersum est quod idem Vlp.in eadem lege scribit in §.præcedête Si quis sub iurisiurandi condicione:& prætereà sub alia sit institutus, magis quidem esse vt ei remitti debeat condicio iurisiurandi, sed non eò minùs cogendum illum vt alij pareat condicioni. Habet enim id rationem illam,quod hoc casu duplex condicio fuerat adscripta coniunctim non separatim:ita vt proinde vtranque impleri oportuisset, si nõ altera remissa fuisset *d.l.si heredi plures.* In summa nihil refert quod ad propositam quæstionem,An duæ sint condiciones,si modo coniunctim fuerint iniunctæ,An vna tantùm duas habens partes, quia vtroque casu vtramque siue condicionem,siue condicionis partem,aut remitti necesse est aut impleri, aut si alterius tantùm remittendæ ratio subsit alteram impleri. Sed multum refert an vna tantùm condicio sit duas habens partes, an duæ condiciones alternatiuæ,quoniam priore casu remissa vna tantùm condicionis parte, altera pars implenda est.Posteriore verò alterutram remissam esse sufficit, vt neutra impleatur,quia & ad extinguendam eam quæ non est remissa, sufficeret impletam solùm alteram quæ à prætore remissa fuit.

Corruptum fuisse à Treboniano responsum Marciani in l.filiusfamilias 114.§.apud Marcellum.De legat.1.

CAPVT VI.

MARCIANVS in *l.filiusfamilias 114.§. apud Marcellum De legat.1.* refert apud Marcellum agitatam fuisse talem quæstionem. Quidam,inquit,ab eo cui fundum legauerat,fideicommiserat vt cum fundum post mortem suam Sempronio restitueret. Eiusdem prætereà legatarij fideicommiserat vt centum Titio daret. Quæritur quid iuris sit.Et ait Marcellus,si legatarius post tantum temporis decessisset,vt ex fructibus centum fierent,Titium centum accepturum: sin post acceptum legatum confestim decessisset legatarius,Titij fideicommissum extingui,quia placet non plus posse quem rogari restituere quàm ei sit relictum. Sed si Titij fideicommissum non est in tempus mortis legatarij collatum, confestim fideicommissum Titio dandum, sed cautione exacta quanto amplius cœperit

ceperit reddi. Quam cautionem ita committi, si priùs legatarius decesserit, quàm ex fructibus centum perciperet. Atque ita Marcellum scripsisse non dubito, ipsiusque sententiam à Marciano probatam fuisse, vtpote quę & iuris rationi conueniens sit, & voluntati testatoris. Sed tamen quàtopere corrupta & deprauata sit à Triboniano (quis enim vnquam interpres tã multa de suo addere ausus fuisset?) ex eo apertissime liquet, quòd ex cæteris omnibus, quæ in legis contextu leguntur, nihil prorsus est quod cum aliquo iuris colore possis tribuere aut Marcello, aut Marciano. Primùm in illis verbis: *Et ait Marcellus si Titio testator centum ex fructibus, quos viuus legatarius perceperit, reliquerit, & legatarius post tantũ temporis decessisset, &c.* apparet nõ potuisse ita scribere Marcellum, quin propositę à seipso quęstionis speciẽ variaret, quod tamen nemo dixerit ab eo factũ esse in respondendo ad propositam ipsam quæstionem. Esset enim id hominis parum considerati nec sibi satis constantis, aut ad id quod ageret, bene attendentis. Nã in proponenda facti specie, nihil aliud Marcellus expresserat, nisi quod eiusdem legatarij qui fundum sibi legatum restituere Sempronio iussus erat, testator fideicõmiserat vt Titio quoque centum daret: nõ additis verbis illis, *ex fructibus quos viuus legatarius percepisset.* Itaque circumscriptis intermediis omnibus sic lego: *Et ait Marcellus, si legatarius tantũ temporis decessisset.* Alioqui si poneres iussisse testatorem vt centum illa soluerentur Titio ex fructibus quos viuus legatarius ex fundo sibi legato percepisset, confestim verò post acceptũ legatum decessisse legatarium, perinde quidẽ verum esset, quod Marcello placuit Titij fideicommissum extinctũm fore, sed non ratione illa quã Marcellus probauit, quòd nemo possit rogari plus restituere quàm ei relictũ sit. At illa potiùs, quòd eo casu fideicommissum Titio relictum esset condicionale, si aut quatenus ex fructibus fundi legati tantundem legatarium percipere contingeret, quæ condicio sicuti deficeret legatario ante tot fructuum perceptionem defuncto, ita & defecta semel non pateretur valere fideicommissum quod sub ea relictum esset *arg. l. defuncta 58. §. 1. D. de vsufr. l. si debitor 39. §. verisimile. D. de contr. empt. l. scribit 34. §. vlt. D. de aur. & arg. leg. iunct. l. Stichum 6. de legat. 1.* Proinde non esset quærendum, An valeret, nécne fideicommissum Titij supra quàm legatario relictum esset, quia nec fideicõmissum vllum datum intelligitur, quoties defecit condicio sub qua datum fuit. Ob idque etiam ita posito iure vt qui ex legato accepisset, centum posset onerari in ducentis, quod falsum est, non eo magis tamen fideicommissum hoc Titio deberetur, tanquam nec datum. Atqui ratio Marcelli ostendit futurum omnino vt deberetur, nisi fieret indebitum ex eo solo, quòd regula iuris non patitur, vt quis in plus oneretur, quàm acceperit. Fatendum igitur est non eam speciem à Marcello tractari, in qua iussus sit legatarius centum soluere Titio ex fructibus fundi legati à se percipiendis, sed in qua simpliciter iussus sit Titio dare centum. Nec pugnat quod cæteris verbis retentis admittimus Marcellum scripsisse, *si legatarius post tantum temporis decessisset vt ex fructibus centum fierent.* Non enim ideò consequens est vt ea centum ex fundi fructibus solui præceperit testator, cùm ea verba Marcelli sint non testatoris, longéque aliud sit de ea fructuum perceptione tractare quam testator ipse in fideicommissi condicione posuerit, aliud verò de fructibus quos à legatario perceptos esse contigerit, ita vt ex iis, centum Titio soluere nullo suo incommodo possit. Dices si ea verba deleantur quæ

nos tollimus, futurum vt nihil superſit in præcedentibus, ex quo poſſit colligi eam ſpeciem à Marcello tractari in qua voluerit teſtator non niſi poſt legatarij mortem Titio centum præſtari. Præcedentia enim ſimpliciter ita ſcriptum habent, *eiuſdem legatarij fideicommiſerat vt Titio daret centum*, nulla mortis legatarij facta mentione. Et hoc quoque eſſe potuit, ni fallor, quod Tribonianum decepit. Nam ſecunda diſtinctionis pars ſic concepta, *ſed ſi Titij fideicommiſſum non eſt in tempus mortis legatarij collatum* cogit nos fateri in prima diſtinctionis parte tractatum fuiſſe caſum illum quo fideicommiſſum pecuniæ relictum Titio in tempus mortis legatarij collatum proponeretur. Ac ſanè ita eſt. Potuitque Marcellus idipſum colligere non obſcurè ex eo quòd fideicommiſſum illud pecuniarium Titio relictum fuerat, immediatè poſt fideicommiſſum fundi Sempronio datum. Porrò legatarius non niſi poſt mortem ſuam fundum ſibi legatum Sempronio reſtituere iuſſus erat. Quidni ergò eadem clauſula in ſequenti fideicommiſſo repetita intelligeretur? *arg. l. ſi mihi & tibi 12. §. vlt. l. talis ſcriptura 30. in fin. cum l. ſequenti hoc titul.* Aut cur crederetur teſtator in dubio magis adſtrinxiſſe legatarium in fideicommiſſo pecuniæ non legatæ, quàm in fideicommiſſo legati fundi? Nihil igitur neceſſe eſt ea verba, quæ nos delemus retinere, vt inducamus caſum illum quo legatarius rogatus ſit de centum poſt mortem duntaxat ſuam Titio præſtandis. Quòd ad ſecundam vero diſtinctionis partem attinet, impugnauit Tribonianus Marcelli ſententiã, ſed hæſitanter ſuo more, & ita vt facilè agnoſcas non reprehendendi animum, aut ſtudium, ſed ſcientiæ fiduciam homini defuiſſe. Cùm enim Marcellus ſcripſiſſet Titij fideicommiſſum ſi in tempus mortis legatarij collatum non eſſet, Titio confeſtim dandum eſſe, ſed exacta priùs cautione, quanto amplius ceperit reddi, eámque cautionem ita committi ſi priùs legatarius deceſſerit, quàm ex fructibus centum perciperet, noſter ille Tribonianus ſubtilem agens ſub nomine Marciani, *ſed vix eſt*, inquit, *vt legatarium ex reditibus voluit ante dare quàm fructus legatarius percepiſſet.* Quis verò tibi dixit, Triboniane, voluiſſe teſtatorem hunc dari Titio centum ex reditibus fundi legati? An fortè Marcellus cùm in prima diſtinctionis parte ſcripſit, *ſi legatarius poſt tantum temporis deceſſiſſet vt ex fructibus centum fierent.* Atqui iam diximus nõ eſſe teſtatoris verba illa, nihilque ex iis inferri poſſe. Quod ſi nihil fuit apud Marcellum, neque in proponenda facti ſpecie, neque in reſpondendo ad propoſitam quæſtionem, ex quo potueris coniicere teſtatoris voluntatem eam fuiſſe, vt non niſi ex fundi reditibus ea centum ſoluerentur, Cur ſupponis falſum, vt anſam tibi vltrò præbeas Marcelli reprehendendi? An putas fortaſſe, tam ſubtilem & acutum Iureconſultum, qui ne Iuliano quidem pepercerit, ignoraſſe quod nemo neſcit, eum qui ex fructibus certi fundi aliquid præſtare iuſſus ſit, neque aliter cogendum præſtare, quàm ſi tantundem ex fructibus perceperit, neque priùs quàm perceperit? *l. nomen debitoris 34. §. vni ex heredibus, de legat. 3.* Sed à te Marcelli ſententiam quam non intellexeris corruptam, primùm pro arbitrio, deinde ex falſi ſuppoſitione reprehenſam fuiſſe non miror. Illud potiùs miror tam audacem te qui in prudentum reſponſis emendandis, aut veriùs deprauandis, tibi non temperaueris, minùs tamen hîc adrogaueris iudicio tuo, quam vt reprehenſionem auſus ſis pro bona iu-

ſtáque

ftáque fecurus dare *a vix est*, inquis. Nihil ergo adfirmas. Etfi non ignoro prudentibus noftris effe familiare, vt eiufmodi locutione fententiam fuam modefte infinuent, tùm etiam cùm adfirmant. Sed non idem tibi contigiffe, indicat manifeftè quod mox fubiungis, *certe erit legatarius audiendus, fi velit totum fundum præstare, fi de restituendo caveetur.* Nam fi abfolute & audacter negare potes verum effe quod Marcellus dicebat, confeftim præftandum Titio fideicommiffum exacta prius cautione, de qua diximus, quid attinet huic legatario electionem tribuere præftandi fundi, pro pecuniario fideicommiffo fi id malit? An ideò fortaffe ne magna ei fiat iniuria, fi confeftim vt Marcellus volebat, & ante vllos perceptos ex fundo legato fructus cogatur dare Titio centum? Atqui tutus eft ipfo iure, & ex ipfa etiam teftatoris voluntate, fi Marcelli fententiam vis haberi pro falfa, quæ falfiffima vtique effet, fi ad eum cafum aptaretur, quem tu tibi comminifceris, quo fcilicet ex fundi legati fructibus centum illa folui debuiffent. Nullo igitur cafu permittendum eft legatario, vt electionem illam habeat dandi pro pecunia fundi, fiue Marcelli fententia vera fit, fiue falfa. Et verò, quis vnquam dixit, vel audiit, cum cuius fidei teftator commiferit, vt Titio daret centum, poffe quidem eius fideicommiffi nomine cõueniri, fed tamen liberari fi fundum fibi legatum, & alteri tandem reftituẽdũ præftare malit quàm pecuniam? An non id à iuris ratione abhorret manifeftiffimè? Nam fi fideicommiffum huiufmodi non valet, cur de fundo ipfo prҽftando agimus? Sin placet valere, cur aliud pro alio folui permittimus? An quòd abfurdum fit legatarium de fuo præftare centum? vt fubiũgit Tribonianus? Immò vero longè abfurdius eft exiftimare, poffe vllo cafu contingere fecundum Marcelli fententiam, vt legatarius hic de fuo centum præftet, ne tum quidem cùm ante vllos fructus perceptos, confeftim centũ Titio dare compellitur, etiamfi addas poftridie illius diei quo foluta pecunia fuerit, ipfum deceffiffe. Remedio namque cautionis quam exigi Marcellus voluit, occurritur facile huic periculo & iniquitati, cùm quanto plus Titius ex euentu cepiffe reperietur, quàm ex fundi fructibus ad legatarium peruenerit, tantundem ille heredi cuilibet legatarij ex interpofitæ cautionis poteftate fit reftituturus. Nec video qua ratione dici poffit legatarium de fuo foluere, quòd non aliter pro bene foluto haberi poffit, quàm fi poftea ex fructibus fundi legati ea fumma conficiatur, quódque certum fit antè functo legatario quam ex fructibus tantundem redigi potuerit, ipfius heredi omnimodo reftitutum iri oportere. Dices, Illud faltem Marcelli fententiæ confequens effe, vt nofter hic legatarius de fuo proroget fideicommiffum pecuniarium Titio relictum, fi confeftim & ante vllos fructus perceptos id foluere iubeatur, nec ei liceat ipfius fundi præftatione ab eo fe incommodo liberare. Fateor, fed id abfurdum effe nego, fiue initium infpicias, fiue exitum obligationis. Initio námque infpecto, eft quod fibi legatarius imputet, cur legatum vltrò agnouerit, quòd huiufmodi prorogationis onere & incommodo affectum effe non ignorauit. Si verò quis huius obligationis exitus fit confideres, vtique indemnis feruatur legatarius remedio, vt diximus, cautionis. Et pro illo modico prorogationis & repræfentationis damno, quod vltrò fubit

legatarius agnoscēdo legatum, sperare potest commodum illud perceptionis futuræ fructuum, quos si iuuet ipse diutius multò ampliores percipere potest quàm quantos esse necesse sit ad summam fideicommissi pecuniarij conficiendam. Vt proinde tanto minùs ei succurrendum sit si eius lucri spe ac veluti precio repræsentandæ pecuniæ necessitatem sibi vltro irrogauerit. Vidit enim & cogitauit damnum sibi imminens non in re ipsa posse contingere sed tantùm in tempore, lucrum verò quod sperare potuit, non in tempore sed quod multò maius est in emolumento fructuum & in ipsa quantitate. Sed & præsentis lucri & commodi ratione moueri potuit ad legatum agnoscendum vt quandiu viueret fundo ipso sibi legato frueretur, quem multò magis quàm centum habere sua sciret interesse. Tùm quoque cùm fundus non nisi centum dignus esset, aut saltē non multò pluris, alioqui enim quid eum compellebat vt legatum agnosceret? Etsi vix est vt prudens testator qui non nisi fundum alicui relinquat, eum oneret per fideicōmissum vt & fundum ipsum Sempronio restituat post mortem suam & Titio det centum, si fundus centum duntaxat nummis dignus, aut non multò pluris fuit. Quæ res magis me mouet, vltimáque huius §. clausula, vt manum Triboniani agnoscam illo loco *maximè* si fundus centū vel non multò pluris est. Est enim mirus ille in conquirendis iis casibus qui vix vnquam possint euenire, vt maiore prætextu æquitatis suam sententiam muniat, quoties melior equitatis arbiter videri vult quàm fuerint veteres Iurecōsulti. Agnosco etiam manum in verborum modis Tribonianeo more inuersis, cùm scriptū video *perceperit* pro *perciperet*, *Reliquerit* pro *reliquisset*, *Voluit* pro *voluerit*, *Caueatur* pro *caueatur*. Agnosco denique eandem manum in postremis illis verbis *quo iure vtimur* Fuerunt enim addēda à Triboniano vt sententiam suam sub Marciani nomine propositam contraria Marcelli opinione & distinctione faceret potiorem. Cæterùm nec Tribonianus ipse dicere possit quid iis verbis voluerit significare. An eo iure nos vti vt nullo casu cogatur legatarius Titio centum soluere, antequàm ex fructibus tantundem redegerit? At nec Tribonianus id affirmare ausus est ne tum quidem cùm ex reditibus fundi ea cētum fieri testator voluisset, quamuis casus ille nullam habeat dubitationem, ne quidem apud Marcellū. An potius eo iure nos vti, vt audiendus sit legatarius si malit totum fundum sub cautionis onere præstare quàm centum? At iam diximus esse id omnino alienum à iuris ratione, neque necessitate vlla nos vrgeri vt ad sententiam adeò nouam decurrere debeamus, vitandi eius absurdi gratia ne alioqui de suo centum soluere legatarius teneatur, cùm remedio cautionis ex Marcelli sententia interponendæ possit & debeat indemnitati legatarij esse consultum. Nihil ergo causæ subest cur à Marcelli sententia & distinctione non minùs subtili quàm vera recedere debeamus.

Emendatur §. si centum l. Imperator 70. De legat. 2.

CAP. VII.

QVOD superiore capite diximus ex Marcello, Nō posse quem rogari vt ex fideicōmisso plus restituat quàm acceperit, huic emendationi hoc loco subiiciendæ causam dedit. Et quāuis emendatio leuis alioquin videri possit si ad literarū figurā magis quàm ad legis senten-

tiam

tiam referatur, tanto maior tamen digniórque videri debet, quanto fœdiora sunt menda omnia quæ in Papiniani quàm quæ in aliorum prudentum responsa irrepserunt. Papinianus in tota *l. Imperator* 70. *De legat.*2. nō aliud agit variis speciebus & quæstionibus propositis, quam vt hoc ipsum doceat, Fieri nullomodo posse vt in plus oneretur legatarius quàm acceperit ex testamento. Ac primùm refert Imperatoris Antonini rescriptū quo cautum fuit vt legatarius à quo fideicommissum relictum est si nihil ex legato acceperit, possit actionibus suis cedere nec id soluere compellatur. In quo dubitandi ratio illa erat, quòd fideicommissum ab initio non fuisset inutile, cùm testator non plus à legatario per fideicommissum quàm ipsi legatario per legatum reliquisset: quódque non deberet fideicommissario nocere si legatum ad legatarium non peruenisset siue propter calumniam & tergiuersationem heredis, siue ex qua alia extrinseca causa. Sed tamen placuit ad aliud non teneri legatarium nisi vt quas contra heredē actiones habet eas præstet, vt & aliàs euenire solet quoties non ob aliam causam alteri quis tenetur quàm quòd actiones habeat, *l. quod in diem* 16. §. *vlt. l. item veniunt* 20. §. *ait Senatus D. de petit. hered. l. quod debetur* 51. *in fin. D. de pecul.* Denique generale & perpetuum est vt fideicōmissum quod à legatario relinquitur ita demum ab eo debeatur si legatum ad eum perueneiit. *l. si fideicommissum* 78. *De legat.*1. Ne scilicet aliter posito iure fiat vt legatum damnosum sit legatario, quod esse nunquam debet, *l. si hereditatem*.32. *D. mādat.* Quid ergo inquit Papinianus, si non totum sed partem legati relicti restituere rogatus abstinuit eo? Vtrum actionibus suis in totum cogetur cedere, an verò nonnisi ad eam quantitatem quæ fideicommisso continetur? Ratio hoc posterius suadet, quia licet nihil videatur interesse legatarij qui abstinet à toto legato, nec iniquum videri possit hoc saltem consequi fideicommissarium quod sine legatarij dispendio futurum sit *arg. l. in creditore* 38. *D. de euict.* qua fronte tamen fideicommissarius cui pars tantum legati fundi relicta est per fideicōmissum petere posset actiones sibi præstari integras & in totum? Prius enim semper de illo quærendum est, An & quatenus intersit actoris, quàm respiciendum sit ad personam eius cui conuenitur, vtrum & quatenus ipsius quoque intersit. Notandum autem est loqui Papinianum de legatario qui legato abstinuerit, non qui legatū repudiauerit. Sunt enim ista lōgè differentia, Cúmque per repudiationē amittatur legatum, ita vt ei qui repudiauit nulla pro legato superesse possit actio contra heredē, consequēs est vt nonnisi frustra & inutiliter condemnari eo casu legatarius possit ad præstandas fideicōmissario actiones quas ipse amplius nullas habeat, vt dici solet de creditore cui fideiussor aut mandator soluit nullo præcedente aut incontinenti subsecuto pacto cedendarum actionum, *l. vt fideiussor* 39. *D. de fideiuss. l. Modestinus* 76. *D. de solut.* Nam si ei velis imputare cur repudiauerit legatum cuius partem ex fideicōmisso restituere debebat, non ideo tamen facies vt possit aut debeat cedere actione quam non habet, quia impossibilium nulla obligatio est, at nec illud rursus vt cōdemnandus sit tantum præstare fideicommissario, quantum ille ex actione cessa consequi potuisset, quasi qui dolo malo & in necem fideicommissarij repudiauerit legatum atque ita facto suo desierit habere quod cedere posset ac deberet. Nam præter id quod inuitus nemo legatum agnoscere cogitur siue sui siue alieni compendij causa, & consequenter nihil dolo malo fecisse videri potest qui

iure communi vſus eſt, conſtat etiam nihil fideicommiſſarij intereſſe, ſiquidem repudiante legatario futurum eſt vt legatum remaneat penes heredem cum ſuo onere fideicommiſſi ſcilicet à legatario relicti, *l. ſi ab eo 9. D. de vſufr. legat.* Dices, Cur ergo legatarium condemnamus, vt etiamſi abſtinuerit legato, ſuas tamen actiones fideicommiſſario præſtare cogatur? Reſpondeo, quia legato abſtinere non illud eſt, repudiare legatum, ſed tantùm illud non petere. Quod ipſum nō ſufficit vt remaneat penes heredem cum onere ſuo. Quandiu enim repudiatum non eſt peti per legatarium poteſt. Ideóque cùm nec interim actio vlla ſit fideicommiſſario contra heredem qui non fuit rogatus, nec quicquam prohibeat quominus legatarius præſtet actionem quam adhuc habet pro legato, licèt ipſum legatum non habeat, dicimus eſſe illum condemnandum ad hoc ſaltem vt eas ipſas actiones quas habet præſtet. Quid ſi legatum perceperit? Non amplius ex cauſa fideicommiſſi ſoluere cogendus erit, quàm recepit, vt Papinianus ait. Nec enim poteſt ei imputari cur legatum agnouerit quod ſciuit aut ſcire potuit plus incommodi, quàm commodi habiturum. Cùm è contrario ſcire & credere debuerit, ita iure comparatū eſſe vt grauari legatarius numquam per fideicommiſſum poſſit ſuprà quàm ex legato perceperit, & in ſuperfluo prorſus eſſe inutile fideicommiſſum. *§. hoc ſolum Inſtu. de ſingul. reb. per fideic. relict. l. 1. §. ſi is qui quadringenta l. ex facto 17. §. non tantum. D. ad S.C. Trebell.* Sicut enim recipiendum non eſt vt cui nihil dederis eum rogando obliges, *l. ſed etſi 6. in fin. de legat. 3. l. ab eo. 9. C. de fideic.* ita nec vt in plus eum obliges quàm ipſi dederis, Adeò vt etiamſi magnum aliquid à te acceperit, quod tamen pecuniariam æſtimationem nullam recipiat, puta libertatem, nullo tamen fideicommiſſo pecuniario grauari poſſit, *l. planè ſi filium 94. §. vlt. De legat. 1.* Ne alioqui paulatim dici poſſe incipiat, cogendum eum præſtare fideicommiſſum quantęcumque quātitatis, ob id ſolùm quod ab eodē teſtatore acceperit rem infinitæ æſtimationis, cuiuſmodi eſt libertas *l. non eſt ſingulis 176. §. infinita. De regul. iur.* Quò etiam pertinet quod ſcriptum eſt in *leg. non amplius 26. De legat. 1.* non amplius legatorum nomine videri ad quemquam perueniſſe quàm ſuperſit deducto etiam eo quod implendæ condicionis cauſa præſtare iuſſus fuit. Inde Papinianus quærit, ſi centum legatis rogatus ſit legatarius duplum reſtituere, hoc eſt ducenta, An valeat fideicommiſſum ad ſummam vſque legatam, an potiùs inutile ſit in totum, tanquam quod neque valere poſſit eo modo quo teſtator noluit, obſtante nimirum iuris ratione, Neque eo rurſum modo quo poſſet quia teſtator noluit, Numerus enim ducentorum, quem ex fideicommiſſo relictum ponimus, vnicus numerus eſt, qui non niſi ducenteſimi nummi vnitate perficitur, ex eáque formâ ſuam accipit, & philoſophis vt par eſt credimus. Sed tamē magis probat Papinianus, vt ad ſummam vſque legati, videatur fideicommiſſum cōſtitiſſe. Sic enim legere malo, quàm vt vulgo *conſtituiſſe*, etſi vulgata quoque lectio defendi non incōmodè poteſt eo ſenſu vt teſtator qui centum legatis reliquit à legatario ducenta, multò magis ad centum ſaltem vſque fideicommiſſum reliquiſſe intelligatur. Nam & illud eſt quod paſſim ſolemus dicere in maiori ſumma minorem ineſſe ſi non formaliter vt aliquid philoſophis largiamur, ſaltem virtualiter & in effectu, *l. 1. §. ſi ſtipulanti. D. de verb. obligat. l. cum furti 9. D. de in litem iur. l. diem proferre 27. §. ſi plures De recept. qui arbitr. l. quoties 9. §. ſed ſi ma-*

si maiorem D.de hered.instit. In dubio autem si de legati viribus quæratur, ea potiùs interpretatio capiẽda est quæ faciat vt legatum valeat, quàm vt pereat cùm & ea credatur fuisse voluntas testatoris *arg.l.3. D.de testam. milit. l. Lucius* 88.*alias l.codicillis.§.vlt.De legat.2.* Subiicit Papinianus *Si autem post tempus fideicommissum relictum sit, vsurarum duntaxat additamentum admittetur.* Quarum verò vsurarum? An fortè quas legatarius ipse ab herede perceperit? Minimè. Non enim ponimus factam esse ab herede moram in legato soluendo, legati autem vsuras certum est nisi à die moræ nullas deberi, vt nec fideicommissi *l.Titia Seio 87.§. vsuras & l.si quis seruo* 84.*eod.tit. De legat.2.l.3.in princip.D.de vsur.* An potius quas legatarius perceperit ab alio quàm ab herede, vt puta ab eo cui pecuniam sibi legatam solutámque dederit per aliquot annos vtendam? Ne id quidem. Quid enim si in arca & ociosam semper eam penes se habuerit? Vtique non eo minus fideicommissum certæ quantitatis vsurarum additamento augebitur, Id est ita vt fideicommissum istud præstare legatarius teneatur, non tantùm ad eam vsque quantitatem quæ fuit legata, sed computato etiam commodo quod ex medij temporis interusurio accedere legatario potuit, licet re vera nullum accesserit. Itaque si ponas eum cui legata fuerunt purè centum, rogatum esse sibi post decennium restituere ducenta, medio autem tempore siue ex vsu siue ex vsuris legati potuisse eum consequi quinquaginta, neque centũ duntaxat restituet quamuis centum duntaxat sint in legato, neque ducenta ne plus ei damni adferat legatum, quàm commodi, sed centum & quinquaginta. Quoniam si non ex ipso legato solo, saltem occasione legati tantundẽ ex iudicio & liberalitate aut saltem ex re testatoris percepisse intelligitur. Semper enim medij tẽporis ratio habetur quoties quæritur quid & quantũ sit in legato *l.debitor* 82.*eod.tit. De legat.2.l.verbis §. D.ad leg.falcid.* Sufficit námque quod patrifamilias diligenti potuerit commodum illud iure licitéque contingere propter legatum, licèt huic legatario parum fortassis industrio nimísque negligenti non ita contigerit. An igitur similiter dicemus, si fortè legato percepto hic legatarius magnũ emolumentũ ex negotio aliquo consecutus sit, aut pœnam stipulationis imminentem euaserit eum ad ducenta vsque præstaturum? Hoc verò Papin. negat & rectè, quoniã emolumentũ illud nimis alienũ & distans est à legato, nec circa rẽ ipsam versatur vt in *l.si sterilis.2.§.cum per venditorẽ. D.de act.empt.* *sed hæc ita,* inquit ille, *si quãtitas cum quãtitate conferatur,* id est, si & pecuniariũ legatũ sit, & pecuniariũ quoque fideicõmissum. *Enimuerò si pecunia accepta rogatus quis sit rem propriam quanquam maioris precij restituere non est audiendus legatarius legato percepto si velit computare,* hoc est inire æstimationem rei suæ quam per fideicõmissum restituere rogatus fuit, vt inita ea ęstimatione sciri possit an plus minúsve sit in legato quàm in fideicõmisso. *Non enim æquitas hoc probare patitur,* ait Papinianus. Sed cur ita? Non aperit. Ratio tamen diuersitatis non obscura illa est, quòd species nullã certam habeat æstimationẽ, sed pro temporũ ac locorũ varietate & venditorũ emptorúmq.arbitrio consentiẽte mutabilem, præsertim verò si venditor siue iusta aliqua de causa siue per stultitiam suã minoris ęstimare rẽ suã velit quàm sit. Quid.n. vetat eũ cui legata fuerint cẽtũ dũtaxat si rogatus sit alteri restituere fundũ ducẽtis dignũ, malle tamẽ habere centũ quàm fundũ, imputet ergo sibi qui legatũ agnoscẽdo tãti nec pluris rem suã æstimauerit. At si quãtitas cum quãtitate cõferatur, non idem

euenire dicive poteſt. Quis enim tam ſtultus & ſupinus eſt, vt citra computationẽ non poſſit dicere an plus quàm acceperit reſtituere iuſſus ſit is, qui non niſi centum acceptis ducenta reſtituere iuſſus fuit? Aut vt ſua putet intereſſe centum habere potiùs quàm ducenta? Nam cùm pecunia quælibet recipiat in ſuo genere functionem, nullo prorſus caſu euenire poteſt, vti ne pluris ſint ducenta, quàm centum eiuſdem generis nummorum: quod in rei cuiuſque precio longè diuerſa eſt, cùm precium nec res ipſa ſit, nec quid ſimile, nec denique ex re, ſed tantùm ex negotiatione percipiatur, *l. venditor 21. D. de hered. vel act. vendit.* Subiungit tamen Papinianus per modum & ſpeciem condicionis, hoc ipſum quod modò diximus, æquitatem non pati vt audiendus ſit legatarius pecuniæ grauatus de fundo reſtituendo ſi percepto legato velit computare, ſic accipiendum eſſe, *ſi quod legatorum nomine percepit, legatarius offerat.* Secundum quam lectionem ſi recta eſt, non alius Papiniani ſenſus eſſe poteſt, quàm vt nihilò magis audiendus ſit legatarius, qui omnia quæ legatorum nomine perceperit, fideicommiſſario reſtituere ſit paratus. Quod tamen non ſolùm inconcinnè ſcriptum eſt, ſi præcedentia inſpicias (nam pro *ſi* ſcribendum erat *etiamſi*, aut *nec ſi*) ſed etiam perperã & falsò. Neque enim dubito, quin huic legatario qui pro centum ſibi legatis rem ſuam ducentis dignam alteri ex fideicommiſſo reſtituere iuſſus eſt, licere debeat poſt acceptum quoque legatum exuere ſe & liberare ab obligatione præſtandi fideicommiſſi, offerendo id omne quod ex legato & propter legatum perceperit. Vtrũque enim eleganter & breuiter ſuo more Papinianus expreſſit iis verbis, *legatorum nomine.* Nec aliter facere poſſis, vt Papiniani ſententia conueniat cum eo, quod toties diximus, Fieri nunquam poſſe vt propter legatum in plus quis oneretur, quàm acceperit nomine legati, quàm ſi textum hunc emendes, & quàm facilè mendum irrepſit in textum, ſcripto *ſi* pro *niſi*, eadem facilitate, ſed maiori felicitate pro *ſi* reponas *niſi*. Quo facto ſenſus erit & elegans & verus, non quidem eſſe audiendũ legatarium, ſi accepto legato pecuniario velit cõputare quanti ſit reuera fundus, ne ex fideicommiſſo eum totum præſtare compellatur, ſed id exceptionem vnam habere, niſi quod legatorum nomine percepit, offerat fideicommiſſario. Hoc enim caſu audiri eum debere, quia nihil aliud ab eo ſit exigẽdum, niſi vt nihil commodi ex legato retineat, ſi fideicommiſſum præſtare nolit, non etiam vt legati nomine vel minimum ſentiat & incurrat damnum. Porrò nullum ſentire ex legato lucrum poteſt legatarius qui paratus ſit reſtituere, quicquid legati nomine percepit. Idque tam apertum eſt iudicio meo, vti nihil dici poſſit apertius. Cętera quæ in eadem lege apud Papinianum ſequuntur, partim nulla egent interpretatione, partim à nobis alio fortaſſis loco commodius explicabuntur.

Emendatio l. 1. C. de ordin. iudic.

CAP. VIII.

RESCRIPTI verba hæc ſunt, *Adite præſidem prouinciæ, & ruptum eſſe teſtamentum Fabij præſentis agnatione filij docete. Neque enim impedit notionem eius quod ſtatus quæſtio in cognitionem vertitur, etſi ſuper cauſa ſtatus cognoſcere non poſſit.* Quibus verbis apertiſſimè il-

lud

lud exprimitur, causam status ad cognitionem præsidis prouinciæ minimè pertinere. Quod tamen tam euidenter falsum est vt nihil magis. Constat enim causam status quę & liberalis causa dicitur, maiores iudices semper habuisse haberéque debuisse fauore libertatis, *l. non distinguemus 32. §. de liberali D. de recept. qui arbitr.* Adeò vt quamuis hodie ex constitutione Diocletiani & Maximiani in *l. 2. C. de pedan. iudicib.* iubeantur præsides in quibus causis ipsi antea iudices dare solebant propriæ notionis examen adhibere, sub ea tamen exceptione nisi propter occupationes publicas vel causarum multitudinem impediantur ne possint ipsi cognoscere vt eo casu etiã num iudicis dandi habeant potestatem, eadem nihilominùs constitutione excepta sit causa status, id est, vt lex distinguit causa ingenuitatis & libertinitatis, de qua perinde ac antea ipsi omnino iudicandum habeant. Quis enim maior iudex libertatis esse potest, quàm præses prouinciæ, qui in prouincia sua imperiũ habet maius omnibus post Principẽ *l. 4. D. de offic. præsid.* Viciſſim verò quęnam maior causa tractari potest apud præsidem quàm libertatis? quæ & cæteris rebus fauorabilior dicitur, & infinitam, hoc est, nullam habere æstimationem? *l. libertas 106. l. libertas 122. l. non est singulis 176. §. infinita de regul. iur.* Itaque negari non potest, quin fuerit ea vera & propria cognitio pręsidis, quod & scriptum est in *l. cùm status 5. C. de ordin. cogn.* Ergo verba illa, *neque enim impedit notionem eius*, & quæ sequuntur de præside prouinciæ intelligi nullomodo possunt. Sed necessariò referenda sunt ad iudicẽ pedaneum, quem aditus præses prouincię dederit pro hereditate de qua inter litigatores disceptabatur: vt manifestẽ illud probat, quòd in eadem lege subiungitur. *Pertinet enim ad officium iudicis qui de hereditate cognoscit vniuersam incidentem quæstionem quæ in iudiciũ deuocatur, examinare, quoniã non de ea, sed de hereditate pronuntiat.* Neque hoc vllam recipere dubitationem potest, si rescripti sententia ex iuris ratione æstimetur, & ad eam, vt semper faciendum est, accõmodetur. Sed dubitatio ex eo tota nascitur quod in præcedentibus nihil est dictum de iudice, nec quod facere vel pati possit, vt dictio *eius* quæ nodum hunc inducit, ad alium, quàm ad præsidem prouinciæ de quo solo priùs actum fuerat, referatur. Proinde dubitandum nõ est quin locus sit emendandus. In eóque vt & in aliis plerisque aſſentio libentiſſimè viro doctiſſimo & de libris nostris, iurísque studiosis omnibus optimè merito Dionysio Cothofredo, quẽ honoris causa nomino, & cuius immẽsis laboribus tantũ me studiáque mea debere sentio, ac profiteor ingenuè, quantum vix alius quisquã ex iis omnibus in quorũ manus lucubrationes ipsius peruenerũt. Is primus quẽ viderim, vt est in iuris nostri principiis adprimè versatus, mendũ obseruauit, indicauit, & quomodo emẽdari posse existimaret, docuit. Putat autẽ erratũ fuisse in primis verbis legis, & pro eo quod legitur, *Adiit præsidem prouinciæ*, reponendũ esse, *adiit præsidis prouinciæ delegatum.* Quæ lectio si admittatur, omnẽ hanc sanè quã diximus difficultatis & dubitationis materiã tollit. Sed vereor ne emẽdatio minùs sit probabilis, quã vt satisfacere omnibus possit. Primũ enim vix reperias vllo Pandectarũ loco, at ne quidẽ in priorũ Impp. constitutionibus, inter quos pono Seuerũ & Antoninũ, quorũ hæc lex est, quiq; rescriptis suis omnib⁹ elegãtię plurimũ inesse voluerũt, iudicẽ delegatũ dici eum qui à pręside datus sit, aut alio vllo sensu, sed de iudice dato vel addicto semper locuti fuerũt Iureconsulti. Nunquã de delegãdo aut delegato, nisi cùm de ea specie nouationis egerũt quæ proprio nomine delegatio appellatur. Est quidẽ iudicis delegati nomẽ

ad hunc sensum hodie accommodatũ, sed ex posteriorum Imperatorũ quos minùs disertos fuisse scimus, constitutionibus inductum, *l. a iudice 5. C. de iudic. quæ est Imp. Gordiani. l. unic. C. qui pro sua iurisd. iudic. dare darive poss.* quæ est Impp. Theodosij & Valentiniani. Postea verò ab interpretibus nostris, quorum barbaries fecit vt minus elegantia fere semper habuerint pro melioribus frequentissimè vsurpatum fuit, præsertim quoties tractarunt de mandanda vel mandata iurisdictione. Quod enim prudentes nostri semper dixerunt mandandam iurisdictionem vel mandatam, interpretes nostri dicunt vulgò delegandam vel delegatam. Et quod illi iudicẽ datũ, isti passim delegatũ appellant. Quę tamen res parũ curanda esset, ne de verbis tantùm disputare videremur, nisi inde factũ tandẽ esset, quod multò grauius est, vt quemadmodũ & ei cui mãdata iurisdictio est, & iudici dato delegati nomẽ accõmodant, ita & nihil putẽt interesse, an de hoc an de illo agamus, neque distinguant vtrum de mandanda vel mandata iurisdictione agamus, an de iudice vel dando vel dato. Cùm tamẽ tã inter se hęc distẽt quam iurisdictio & iudiciũ, ius dicere & iudicare. De quo quia & scripsimus alibi, & Deo adiuuante, copiosiùs scribemus, pertinetque ad tractatum de iurisdictione plura nunc dicere necesse non est, sicut nec curiosiùs inuestigare an à Proconsulis legato ista delegati appellatio deriuata sit, an ab ea potiùs nouationis specie, per quam fit vt mutetur persona creditoris & alius in alterius locum substituatur. Secundò difficile est, vt quicquam immutandum sit in primis illis verbis, *adite præsidem prouinciæ.* Est enim ille omnino adeundus, vel ob hoc ipsum vt iudicẽ dare, & si sic loqui malis, delegare possit. Non enim dabãtur iudices, siue à prætore, aliisve maioribus magistratibus in vrbe, siue à præside aut proconsule, in prouinciis nisi post litẽ contestatã, litis autẽ cõtestatio fiebat apud magistratũ, à cuius autoritate & dignitate id duntaxat alienũ videbatur vt de facto cognosceret, si quando facti non iuris cõtrouersia incidisset. Quæ porrò facti quæstio nõ priùs emergit quàm eueniat vt ex litigatoribus alter neget quod alius adfirmat, quod ipsum fit in ipso actu cõtestationis litis non antea *l. vnic. C. de lit. contest.* Itaque fieri nõ poterat vt nõ adito priùs præside iudex quisquã esset delegatus, quẽ adire litigatores possent. Pręsertim cùm non sit credibile, quòd fuissent illi adituri Imperatores quorũ hęc lex est, vt quẽ iudiciorum ordinẽ sequi deberent, intelligerent, si iã tum pręsidẽ prouincię adiissent. Quòd si præsidis prouinciæ delegatũ velis fortasse cum interpretibus cum intelligere, qui ab ipso pręside mandatã habeat iurisdictionẽ, assequeris quidẽ vt præses prouincię adeundus nõ sit, qui iurisdictionẽ suã alteri mandauerit, sed non ideò facies vt mandatarius iste, & delegatus de causa status cognoscere non debeat, aut è contrario, vt de petitione hereditarius cognoscere ipse possit, ac non potiùs debeat iudicẽ dare, secundum ius illud quod Seueri & Antonini tẽporibus, & ante supradictã Diocletiani & Maximiani constitutionẽ obtinebat. Constat. n. eũ cui ab alio mãdata est iurisdictio, siue tota, siue pro parte, siue publica persona sit, siue priuata, fungi partibus eius qui mandauit nõ suis, *l. etsi prætor 3. de off. c. eius cui mandata est iurisd. l. solet prætor. 16. D. de iurisd.* Et ideò de iis causis cognoscere & posse & debere, de quibus ille ipse qui mandauit cognoscere & posset, & deberet, de aliis verò nec si velit cognoscere per se posse, de quibus is qui mandauit, & cuius propria iurisdictio est, iudicẽ dare iuberetur. Cui cõsequens esset, vt nihil referret, an ita scriptũ esset,

a dite præsidē prouinciæ,an ita quomodo vir doctissimus emēdat, *adite præsidis prouinciæ delegatū*, hoc sensu, vt delegatū pro iurisdictionis mandatario acciperemus. Æquè enim falsū esset nō posse illū de causa status cognoscere, falsum quoque posse illū iudicare de petitione hereditatis. Tentabā aliquādo an ita posset locus emēdari vt pro *eius* legeremus *iudicis*,quē scilicet ex solito iudiciorū ordine à præside prouinciæ datū fuisse ponendū esset. At neque mihi probabilis est hæc emēdatio,non solū quod multò faciliùs credi possit per imperitiā librarij aliquid omissum fuisse quā in eo peccatū vt scriberet *eius* pro *iudicis*, sed etiā quia cū præcedētia meminerint præsidis tātū, nō etiā iudicis dati,prorsus absonū & incōueniēs est,vt hoc loco *iudicis* nō *eius* scripserint Impp.Quamnā igitur emendādi rationē probabiliorē excogitabimus?Nā de sentētia legis mihi planè liquet,ac omnino cōuenit cū Gothofredo. Nihil possū probabiliùs suspicari retētis illis verbis, *adite præsidē prouinciæ*,retentáq; dictione *eius*,quā vt aliqua desint verba intermedia,quę de iudice dato vel accepto fecerint mentionē.Proinde sic malo legere, *Adite præsidē prouinciæ,& accepto iudice ruptū esse testamentū Fabij Præsentis agnatione filij docete*.Nā & in l.seq.quę est eiusdē Imp.Antonini scriptū video iisdē fermè verbis,eodē certè sensu,*adito præside prouinciæ & accepto familiæ erciscūdæ iudicio experire*.Idq; etiā ipse tituli sensus demōstrat. Nā ad veterē iudiciorū ordinē intelligēdū illud maximè ptinet, vt sciamus,adeūdos pri' fuisse magistratus,tū ab iis accipiēdos iudices post litē,vt diximus,contestatā,& ad facti disceptationē dirimendā. Estq; longè diuersum,de ordine iudiciorū disputare,& de ordine cognitionū,de quo hāc ob causam separatus quoque titulus est.In proposita autē specie non sensisse Impp.de tractanda causa rupti testamēti apud præsidē prouinciæ, sed apud iudicē eo nomine à præside datū,præter ea quæ iā diximus,ex eo quoque intelligi potest, quod Impp.vtūtur eo verbo *docete*.Docere.n. quid aliud est quā probare? Porrò ea tātùm quæ facti sunt probari volūt Impp. & quotquot sunt docti iudices nō illa etiā quæ sunt iuris.Ius enim semper certū est apud eos qui neque iuris neque facti ignorantia peccāt.At de iis quæ facti sunt extra causam liber tatis,& alias nonnullas quarū fauor priuilegio digna videbatur, Præsides,vt monuimus,cognoscere nō poterāt,sed iudices dabāt. Necesse igitur fuit, vt ante verbum *docete* , locuti sint Impp. de iudice dato , neque per incuriam aut inscitiam prætermiserint quod librarius prætermisit.Reliqua quę ad legis sententiam pertinent,tam verè,appositè, & eleganter expressit Gothofredus,vt nō egeat nostra assertione. Nostri enim neque muneris,neq; moris est nostra facere,aut pro nobis venditare quæ sciamus esse aliena,& quæ ex aliis meliùs ac commodiùs quàm ex nobis disci possint , sed quantū possumus & debemus, agimus candidè, vt incauti, negligentes & imperiti,denique aliud quidlibet potiùs quàm plagiarij videamur. Nec puto quisquam aliter iam de nobis sentit.Illud tantum addo , rationem positam in postremis illis verbis legis , *quoniam non de ea, sed de hereditate pronuntiat* , confirmari posse non malè ex eo quod Caius scribit in *l. 1. D. famil. erciscund.* Si vno ex coheredibus agente familiæ erciscundæ & nihil possidente alius qui totam hereditatem possidet , neget eum sibi coheredem esse posse actorem excludi per hanc exceptionem , *si in ea re de qua agitur præiudicium hereditati non fiat.* Sed si possideat actor eam partem licèt negetur esse coheres , non nocere talem exceptionem , An hoc sensu vt reiicienda sit exceptio ? Minimè , sed vt

ipse iudex apud quem agitur hoc iudicium familiæ erciscundæ cognoscat an coheres sit,nécne:quamuis datus iudex sit tanquam inter coheredes,non vt de hoc ipso cognosceret,vtrum essent coheredes,vt in *l.cum putarem* 36. *D.eod.tit.famil.ercisc.* Quid ergo?An pronunciabit actorem coheredem nō esse? Nequaquam, cùm de hoc iudex datus non sit, nec magis ei licet cognoscere de ea re de qua datus non sit, quàm in specie, *l.1.C.de ordin.iudic.* de causa status de qua nec datus sit,nec dari potuerit, sed id tantùm curabit vt huic actori qui coheres non sit neque adiudicet quicquam, neque aduersarium ei condemnet,in quibus duobus præcipuè versatur totum officium arbitri familiæ erciscundæ. Itaque licèt non pronunciet coheredem eum non esse, incidenter tamen examinata causa vtrum coheres sit nécne, non aliter arbitratur aut præcipit quàm si iam pronunciatum videret coheredem illum non esse.

Explicatur & emendatur l.tutor decedens 26.D.de liberat.legat.

CAP. IX.

TVTOR decedens aliis heredibus scriptis pupillo suo, cuius tutelam gesserat,tertiam partem bonorum dari voluerat, sub ea condicione si heredibus suis tutelæ causa controuersiam non faceret,sed omnes eo nomine liberaret.Pupillus legatum prætulerat,& perceperat, nec eo minùs tamen postea petebat quicquid ex rerum suarum distractione aliáve causa ad tutorem suum ex tutela peruenisset. Quærebatur apud Scæuolam, vtrum verbis testamenti ab huiusmodi exactionibus excluderetur.Respondit Scæuola, si priùs quàm condicioni parêret, fideicommissum percepisset,& tamen pergeret petere id in quo petendo faceret aduersus condicionem doli mali exceptionem ei obstaturam,nisi,inquit,paratus esset reddere quod ex fideicommissi causa percepisset. Tum subiungit,*quod ei ætatis beneficio indulgendum est.* Tres igitur sunt responsi partes. Prima quæ heredibus accommodat doli exceptionem,ne postquam legatum bona fide nimiáque facilitate soluerint ante impletam condicionem, rursum ex causa tutelæ inquietentur.Secunda quæ pupillo tribuit electionem, vt etiam post perceptum legatum,aut fideicommissum (vtroque enim nomine Scæuola promiscuè vtitur,vt & alii Iureconsulti passim, non quòd iis præsertim tēporibus nihil inter legata & fideicommissa interesset, vt quidam putant, sed quia post dationem legatorum subiici soleret generalis clausula fideicommissi qua rogabatur heres vt quæcunque testamento data & legata fuerant præstaret,quod iam alio loco monuimus ex *l.post emancipationem* 40.§. 1.*De legat.*3.) possit nihilominus agere tutelæ si malit eam sibi actionē saluam esse quàm legatum retinere. Tertia, quæ huius electionis tribuendæ causam refert ad beneficium & priuilegium ætatis, propterea quòd is qui legatum acceperat sub condicione præstandæ liberationis à tutela, nec minus tamen tutelæ agere volebat,quamuis legatum iam percepisset,pupillus proponeretur.Prima pars non obscuram habet rationem: quia licèt condicioni paritum non fuisset, heredúmque facilitati imputari posset cur ante condicionem impletam legatum præstitissent, voluntatis tamen ratio non patiebatur, vt pupillus & legatum quod in vicem actionis tutelæ datum fuerat,

fuerat, & ipsam quoque tutelæ actionem simul retineret: quoniam repugnabat condicio adscripta legato. nec enim poterat testator meliùs & apertiùs declarare quod pupillum nollet vtrunque consequi quàm legando ei sub hac condicione, si à tutelæ rationibus heredes liberaret. Cùm vero non nisi alterutrum ipse dederit, non debemus nos vtrunque dare, ne in re testatoris, & quæ ex ipsius liberalitate proficiscatur, simus liberaliores ipso testatore, *l. debitor 59. in fin. princip. l. facta 63. §. si sub condicione D. ad SC. Trebell. l. re coniunctis 89. De legat. 3.* Itaque in eam rem vtilis est exceptio doli mali, cuius præcipuus vsus in eo est ne cui dolus suus contra naturalem æquitatem prosit, *l. 1. D. de doli except.* naturalis autem æquitas facit, vt ex cuius voluntate quis legatum aut aliud quid consequitur, eius voluntati, maxime in eo ipso legato declaratæ stare compellatur. Sed obscurius illud videtur, cur heredibus necessaria sit exceptio doli, nec sint ij tuti ipso iure aduersus pupillum qui legatum sibi relictum sub ea condicione liberationis præstandę vltro ab heredibus acceperit. An non enim hoc ipso satis declarauit suam voluntatem si non expressè saltem tacitè, quod ab actione tutelæ liberatos heredes vellet? Nam si verum est vt est legatum condicionale nec peti nec deberi posse nisi impleta priùs condicione *l. cedere diem 213. de verb. signific. l. vnic. §. in nouissimo. C. de caduc. tollend.* An non is qui petit adeóque quod plus est, percipit legatum condicionale, quamuis non impleta expressim condicione, hoc ipso eam tacitè implere intelligitur in necessarium antecedens, aut saltem habere pro impleta? Cur ergo pupillus hic non repellitur ipso iure? Cur non actio tutelæ ipsi denegatur, perinde acsi per acceptilationem Aquilianam, quæ omnium optima, & efficacissima liberatio est heredes tutoris liberasset? Respondendum tamen est necessariam esse doli exceptionem, quoniam obligatio & actio tutelæ, sicut & cæteræ omnes nō aliter ipso iure perimi potest quàm si modus aliquis interuenerit ex iis qui iure certi constituti sunt ad dissoluendas obligationes, perimendásque actiones, inter quos modos non est tacita voluntas creditoris. Expressa enim liberatione opus est, vbi expressa ciuilisque obligatio præcedit, *l. prout 80. D. de solut.* liberatio autem nunquam contingit ex nuda voluntate creditoris liberare volentis, sed tantùm ex solutione, nouatione, acceptilatione, aliisque legitimis modis, de quibus apud Iustinianum *in tit. Quib. mod. toll. obligat.* Sed tamen voluntas illa tacita, quæ non est sufficiens ad tollendam obligationem, inducendámque liberationem, sufficit plerumque ad inducendum tacitum pactum, & consequenter ad producendam exceptionem non tantùm pacti, sed etiam doli, quia dolo facit quisquis contra pactum factúmque suum venit. Cuius rei exempla peti possunt ex *l. 2. 3. & 4. D. de pact.* Alia etiam ratio est propter quam tacita ista voluntas pupilli legatum percipientis, ab heredibus tutoris facere non potest vt heredes ipso iure tuti sint, & liberati, aut pro liberatis habendi, Nimirum quia implere condicionem facti est non iuris aut voluntatis, longéque aliud est implere condicionem, aliud implere velle, siquidem qui implere vult, nihildum facit, sed tantùm facere vult, quod longè minus, ne dicam omnino nihil est. Is ergo cui legatum relictum est sub ea condicione *si heredibus controuersiam tutelæ non fecerit, sed eo nomine omnes liberauerit.* etiamsi antequam legatum peteret & acciperet nullam controuersiam tutelæ fecerit, non ideo tamen impleuisse condicionem videri potest, quandiu in eo res est vt controuersiam

facere possit. Potest autem quandiu vel non cauit, de non faciendo interposita scilicet Muciana cautione quæ ob has condiciones negatiuas comparata est, vel heredes non liberauit per Aquilianam acceptilationem. Proinde interim condicio non tam impleta quàm non defecta videri debet, *l. hac condicio 10. De condic. & demonstr.* Etsi vero vtrúque continetur verbis illis condicionis supraſcriptæ, dubitandum tamen non est quin videri debeat in totum, & pleniſſime impleta condicio si liberatio heredibus ritè facta & præstita proponatur, id est etiamsi Muciana cautio præstita nulla sit. Plus namque præstat qui liberat quam qui cauet de non petendo. Siquidem qui cauit non eò minùs petere potest, licèt eo petente cautio committatur. Qui verò debitorem suũ liberauit, nec si velit, ab eo postea petere quicquã potest, ideóque ex prima etiam parte videtur ipso iure impleta condicio, eò quod non sit à quo peti possit post factam liberationem, *l. Muciana 7. in pr. & in fin. eod. tit. D. de condic. & demonstr.* Quamuis non similiter è contrario possit dici impletam esse condicionẽ à pupillo, ex qua parte tutoris heredes liberare debet, ob hoc solùm quod iis cauerit de non petendo, quoniã quod plus est: in eo quod est minus non continetur, heredúmque interest liberari ne vnquam ad solutionem cogi, vel eo nomine inquietari possint, potiùs quàm vt quod soluere coacti fuerint, postmodum repetant ex cautione *l. 3. D. de compensat. l. si stipulatus 15. in prin. D. de fideiuss.* At hîc illa quoque potest incurrere dubitatio, cur necessaria sit doli exceptio heredibus tutoris, cùm videantur posse sibi consulere per indebiti condictionem. Nam si verũ est, vt est, quod diximus, legatarium condicionalem non ex eo solo condicionem impleuisse dici posse quod legatũ perceperit, an non prorsus cõsequens est vt indebitum sit legatum, atque ita vt condici possit, *l. sub condicione 16. l. Iulianum, 60. §. 1. D. de condict. indeb.* Quod enim Papinianus in cõtrariũ scribere videtur in *l. pater dotem 7. §. pen. de dot. releg.* cautionis præstãdæ necessitatem morari duntaxat solutionem, non etiam indebitum facere, quod fuit debitum, ad cautiones Mucianas non pertinet quæ ideò debẽtur & præstantur, vt sint vice implementi in iis condicionibus quæ aliter impleri commodè non possunt, sed ad illas quæ debentur pro legatis aut fideicõmissis iam debitis, in quorum numero nemo vtique posuerit legata condicionalia priusquam eorum condicio impleta sit. Respondeo posse fieri vt intersit heredũ sibi prospicere per doli exceptionẽ potiùs quàm per indebiti condictionẽ, si fortè plus debituri sint actione tutelæ, quàm præstiterint ex legato. Itaq. auxiliũ cõdictionis nõ debet iis adimere cõmodum exceptionis. Deinde verò non aliter cõdictioni locũ esse quoties ante impletã condicionẽ solutũ est id quod non nisi sub cõdicione debebatur, quàm si ea solutio facta sit per errorẽ *d. l. sub condicione*, id est ab eo qui vel ignorabat cõdicionale debitũ esse vel cõdicionẽ impletã putabat, quorum neutrũ aptari potest heredibus, de quibus agimus, quippe qui sicut testamentũ ex quo heredes sunt ignorare solutionis tẽpore nõ potuerũt soluẽtes legatũ eo testamẽto relictũ, ita neque condicionẽ eidem legato adscriptã *l. 2. D. de edend.* ac proinde soluerũt vltrò & sciẽtes ante impletã condicionẽ quod sciebant aut scire debebant nõ deberi nisi impleta demũ condicione, atque idcirco cõdictionis auxiliũ quod alioquin habituri erãt sibi præripuerunt. Secunda pars respõsi quæ huic legatario dat optionẽ vtrũ reddere malit quod ab heredibus tutoris sui percepit vt saluã & efficacẽ cõtra eos habeat tutelę actionẽ, an vero retinere cõmodũ legati, prohiberiq. exceptione doli ne possit

pergere id petere quod alioqui tutelæ actione debeatur, paullo difficiliorẽ habet inspectionẽ. Nulla.n.ratio esse videtur propter quã licere debeat ei qui legatum vltro petiit & percepit,vt à prima illa voluntate per quam sibi legẽ dixit resiliat, agnitúmque legatũ repudiet: Inuitis scilicet heredibus qui licèt indebitum soluerint,potuerunt tamen in eo sibi nocere,reueráque nocuerunt,vt non magis reuocare possint solutionẽ per condictionẽ indebiti,quàm si verè debitũ fuisset. Ac quãuis soleat fauere legatario qui legatũ sub onere aliquo accepit & agnouit,vt nihilomagis onus subire cogẽdus sit si malit reddere id omne quod accepit,etiãsi maior sit annis vigintiquinq., quia non solùm æquitas,sed & ratio ipsa iuris non patitur vt legatarius plus præstet quàm acceperit legati nomine,dummodo nihil prorsus ex eo quod acceperat retinere velit,vt scripsimus pluribus cap.7. In proposito tamẽ nõ videtur id posse locũ habere, nisi ex facto suppleas quod lex nõ ponit, plus potuisse pupillum hunc consequi per actionẽ tutelæ quàm ex legato consecutus esset,quoties enim non quantitas cum quãtitate cõfertur, sed vel species cum genere,vt puta fundus cum pecunia vel alia re quæ in genere consistat,vel incertum actionis emolumentum cum certo legati cõmodo, vt in ea specie quam tractamus,necessariò veniendũ est ad cõputationẽ priusquã permittatur legatario vt prætextu oneris iniuncti repudiet legatũ quod iam agnouit,nẽpe vt per cõputationem sciri possit,an plus sit in onere quàm in cõmodo legati,quomodo Papinianus loquitur in *l.Imperator 70.§.si centum de legat.2.* de cuius sentẽtia & emẽdatione scripsimus dict.ca.7. Effectus. n. cõputationis ille erit,vt si damnũ sensurus sit legatarius ex agnitione legati propter iniunctũ onus,admittatur ad legatũ dimittendũ veriùs quàm repudiandũ(semper enim post acquisitionẽ sera repudiatio est,*l.1.§. decretal.D. de succ.edict.*) si verò nullũ damnũ sensurus sit,quòd plus habeat commodi quàm oneris legatũ,non sit audiẽdus legatarius,legati quod semel agnouerit onus detrectãs. Ergo in specie nostra dici nõ potest cur Scæuola electionẽ hanc legatario tribuat iis verbis *nisi paratus esset quod ex causa fideicõmissi percepisset reddere* si nõ ad ætatis fauorẽ & beneficiũ id referatur, quod tertia pars responsi apertiùs exprimit vltimis iis verbis *quod ei ætatis beneficio indulgendũ est.* At videamus ne hæc ipsa postrema verba sint potiùs imperiti interpretis, ita vti proximè dubitationis exaggerandæ causa diximus,magis quàm ex iuris ratione ratiocinãtis. Non. n. ætatis fauor vllus sed mera ipsa iuris ratio facit,apud Scæuolã,vt licere debeat legatario etiã post agnitũ legatũ instituere actionẽ tutelæ, & simul id omne quod ex causa legati acceperat reddere,nimirũ quia vt præcedentia verba probant, legatũ acceperat prius quàm cõdicioni parẽret,ac proinde eo tẽpore quo nõdũ erat in ipsius potestate vt legatũ vel agnosceret vel repudiaret,legatũ.n.cõdicionale vsq. adeò indebitũ est ante impletã cõdicionẽ vt neq. acquiri possit neq. repudiari *l.si ita sit scrip.45.§.si sub cõdic.De leg.2.* Eadẽ verò cõdicio quæ impleta needũ tunc erat,nec vnquã fuit,nũc primùm deficit cùm pupillus hic tutelæ suæ rationes exigit ab heredib.tutoris. Quãdiu siquidẽ impleta cõdicio nõ est,deficere potest,cũ alioqui si deficere nũquã posset,hoc ipso iã exinde impleta esse & extitisse diceretur. *l.quod si ea 18.& d.l.Iul.60.§.1. de cõd. ind.* Proinde quis miretur in potestate esse legatarij vt legatũ quod iã perceperat restituat, cuius cõdicio defecerit? Illud tãtùm mirari possumus, cur ei licere debeat legatum istud cuius cõdicio defecit retinere si id malit inuitis quoq. hered. tutoris,quãquã eius iuris ratio vera & vnica illa est quã nos iã

attulimus, quòd heredes non possint habere condicionem legati quantumlibet indebiti, scienter à se soluti, ex *reg. l. cuius per errorem 53. de regul. iur.* Quod si in proposito casu condicio legati impleta fuisset, liberatis per acceptilationem heredibus tutoris, non vtique similiter Scæuola respondisset permittendum legatario vt reddito legato, tutelæ actionem exerceret. Nec si probaretur legatum illud alioqui plus incommodi & oneris quàm commodi habiturum, non quòd hoc casu perpetuo verum non sit, & in maiore quoque annis vigintiquinque quod suprà diximus, fieri non posse vt cogêdus sit legatarius inuitus retinere legatum quod facta computatione damnosum reperiatur. Sed quoniam hoc casu obstat legatario non tam agnitio legati, quàm liberatio heredibus tutoris præstita, cùm aduersus eos, qui ritè ac ipso iure liberati sunt, actio nulla superesse possit, nec magis pupillo quàm alij cuilibet, vt apertè scriptum est in *l. 1. C. de contr. iudic. tutel.* Ergo neutro casu distinguendum est an pupillus minórve annis vigintiquinque sit legatarius an maior. In vtroque enim idem iuris est, vt si condicio nunquam impleta fuerit, possit legatum reddere, ac eo facto tutelæ actionem exercere. Si verò impleta condicio sit, & liberatio secuta, nihil prosit legatario ad tutelæ actionem instituendam, quòd legatum reddere sit paratus. In eo planè melior potest esse condicio pupilli alteriúsve minoris cuiuslibet quàm maioris, quod aduersus liberationem ex qua damnum sensurus esset, in integrum restitui potest, probata læsione, *l. patri 27. §. si minor cum seq. D. de minor.* Maior non item, quia remittentibus actiones suas nulla vi, nullóque dolo interueniente, regressus ad eas dandus non est, *l. quæritur 14. si venditor D. de ædilit. edict.* An & in eo, quòd si liberatio nulla facta esset, sed tamen præstita cautio, Muciana de tutela nunquam exigenda, nec legatũ plus haberet incommodi quàm commodi facta computatione permittendum esset minori, quod sanè maiori denegaretur, vt legatum etiam agnitum relinquere posset, tutelæque actionem ad tutoris heredes inquietandos impunè exercere? Minimè verò. Neque enim pupillis aut minoribus vnquam succurritur solo fauore ætatis, si non etiam læsio probetur, *l. verum 11. §. sciendũ est l. quòd si minor 24. §. non semper & pass. D. de minor. l. nam posteaquàm 9. §. si minor. D. de iureiur.* etsi priuilegium in eo habent quòd læsi putantur non modò si damnum senserint, sed etiamsi amiserint lucrum, *l. ait prætor 7. §. hodie de minor.* Cæterùm neque pupilli neque alterius cuiuslibet probi hominis quicquam interesse credendum est, ob id solùm quod pro legato vtiliore omiserit & amiserit saltem in effectu eam actionem ex qua nihil aliud præterea commodi sentire potuisset, nisi quòd tutoris heredes longiore ac dispendiosa lite inquietasset, *arg. l. si venditor 6. §. 1. vers. cæterum. D. de seru. export.* Igitur & in pupillo alióve minore, sicut in maiore quolibet, necessaria erit computatio, vt sciri possit an læsio interuenerit, quo demùm probato, ætatis rationem haberi æquum erit, siue liberati fuerint heredes tutoris, siue cautio tantùm iis præstita de tutelæ rationibus non exigendis, sed ita tamen vt eo casu necessarium sit auxilium restitutionis in integrum, non etiam vt iure communi permittendum sit pupillo, vt hoc magis quàm alio casu mutet voluntatem, & pro legato quod elegerat, eligere actionem. Nec enim quòd liberatio hæredibus præstita non sit, sed cautio tantùm Muciana, facere potest vt eo minùs sit pupillo necessaria restitutio, quasi nec tum impleta condicione, quæ non id tantummodo continebat, *si*

heredibus

heredibus suis tutelæ controuersiam pupillus non faceret, sed illud etiam *sed eo nomine omnes liberaret*. Nam si heredes tutoris quorum fauore condicio adscripta erat contenti fuerunt cautione Muciana, nec liberationem vllam sibi præstari curarunt, quid amplius exigimus vt condicio impleta videatur? Neque enim illud nouum etiam est vt condicio præsertim liberationis per æquipollens, vt aiunt impleatur, adeóque quocunque modo, dum ei cui implenda est, satisfiat. *l. si rem. 9. §. omnis in fin. D. de pignor. act.* Ex quo apparet tàto manifestius nõ posse adscribi Scæuolæ verba illa *quod ei ætatis beneficio indulgendũ est*, cùm in præcedentibus nihil sit vnde coniicere possimus, sensisse Scæuolam de in integrum restitutione vel impetranda vel impetrata. Cuius certè impetrandæ neque necessitas neque consequenter ratio vlla est in eo casu quem tractat Scæuola, id est, quo nunquam fuerit paritum condicioni, cùm ius commune sufficiat legatario etiam maiori annis vigintiquinque vt admittendus sit primùm ad reddẽdum legatum quod ante impletam condicionem agnouerat. Deinde ad tutelæ actionem post legatum redditum instituendam. Et verò verba illa *nisi paratus esset quod ex causa fideicommissi percepisset reddere*, sola reddendi voluntate & oblatione quæ tamen cum effectu sit cõtenta sunt, nec præ se ferunt necessitatem instituẽdæ actionis ad impetrandã in integrũ restitutionẽ. Errori interpretis causam illud dedit, quod vidit apud Scæuolã tractari de pupillo. Nec animaduertit, quod tamen apertissimum erat pupillum eo loco vt & aliis propemodum innumeris, non eum dici qui tunc esset, sed qui antea fuisset, quod & demonstrant præcedentia illa in legis principio posita *pupillo suo cuius tutelam gessit*. Scripsisset enim Scæuola *gerebat* non *gessit*. si pupillus ille testamenti tempore adhuc in eadem tutela fuisset, quæ porrò viuis tutore & pupillo non poterat esse finita nisi pubertate. Denique conuenit ea pupilli appellatio illi etiam qui maior sit annis vigintiquinque, si modo fuerit aliquando in alterius tutela. Vt cùm dicimus interdictum esse matrimonium inter pupillam & tutorem ipsius liberósve tutoris. *l. 1. & tot. tit. C. de interd. matr. int. pupill.* Non enim pupillam intelligimus quæ contracti aut contrahendi matrimonij tempore minor sit annis duodecim, in qua ætate certum est non magis cum alio quolibet quàm cum tutore matrimonium eam contrahere posse, sed quæ fuerit aliquando eius ætatis & in tutoris potestate. Adeò vt Papinianus quoque noster, cui disertissimè & adpositissimè loqui propemodum peculiare fuit, non dubitauerit scribere in *l. quamquam 63. §. vlt. D. de rit. nupt.* tutorem qui rationes curatori reddidit puellam suam (quam & in l. seq. pupillam vocat) ante constitutum tempus ætatis eius vxorem ducere non posse, nec si mater illa ex alio priore matrimonio facta sit. Ergo neque si maior sit annis vigintiquinque. Constitutũ enim tempus est anni vicesimisexti completi, & vicesimi septimi incepti *l. non est matrimoniũ 66. eod. l. qui pupillam 7. D. ad leg. Iul. de adulter.* Non enim ideo prohibitæ sunt istæ nuptiæ quòd hæc hodie sit pupilla, sed quod fuerit aliquando.

Indicatur Tribonianismus in l. 1. eod. tit. De liber. legat.

CAPVT X.

SI res pignori data legetur debitori à creditore, Iulianus scripsit valere legatum, haberéque debitorem actionem vt pignus recipiat priusquàm pecuniam soluat, vt refert Vlpianus in *l. 1. §. 1. D.*

de liber. legat. vbi tamen subiungit *Sic autem loquitur Iulianus, quasi debitum non debeat lucrari, sed si alia testantis voluntas fuit & ad hoc peruenietur exemplo luitionis.* Hanc verò clausulam esse Vlpiani vix possum mihi persuadere, sed puto esse potius Triboniani, sententiam verbáque Iuliani malè suo more ac perperam interpretantis. Quod enim Iulianus scripsit valere huiusmodi legatum, & ex eo debitori actionem competere ad pignus recipiendum prius etiam quàm pecuniam soluat, proculdubio sic ille intellexit, vt debitum quoque debitor lucretur, quia cùm nec pignori obligata sit in dominio debitoris non creditoris, *l. cum & sortis* 33. §. 1. *D. de pignor. act.* nemini autem res sua legari possit. *l. proprias* 13. *C. de legat.* constat non aliter valere posse legatum quàm si testator ius omne quod habuit legasse intelligatur, vt ex eodem Iuliano idem Vlpian. scribit in *l. cùm seruus* 39. *alias l. apud Iulianum, §. si Titius de legat.* 1. Habuit autem creditor in hac re ius pignoris, cuius ea fuit condicio, vt tamdiu durare deberet quandiu solutum debitum non esset, *l. grege* 13. *§. etiam. D. pignor. l. debitor* 59. *D. ad S. C. Trebell.* Legando igitur rem sibi obligatam creditor totum ius totámque causam pignoris legasse credendus est, & consequenter non minùs debitum quàm pignus ipsum. Alioqui cuiusnam obsecro vtilitatis erit legatum si ponas debitorem hunc nihil aliud præter hanc rem quæ fuerat testatori obligata in bonis habuisse? An non æquè futurum est vt nec soluente illo, nec aliunde habente quod soluat, hanc ipsam rem distrahi oporteat, ex cuius precio testatoris heredibus satisfiat? Quid porrò interest an res debitoris distrahatur tanquam creditori obligata ex conuentionali pignore, an propter pignus quod iudiciali autoritate constitutum sit in bonis debitoris condemnati? An non vtroque casu idem est incommodum debitoris, contrà verò, eadem vtilitas creditoris? Quòd si è diuerso ponas locupletem debitorem, cui non sit difficile etiam aliunde soluere quod debet, quid in effectu præstat creditor debitori cùm ei legat rem obligatam? Dices fortasse, Quamuis pignus non nisi pro debito præcedente & subsistente contrahatur, nihil tamen prohibere quominus saluo debito vinculum pignoris dissoluatur, quia nec debitum omne pignoratitium esse necesse est, cum chirographarium esse possit, *tit. C. etiam ob chirograph. pecun. pign. retin. poss.* Idque exemplo vsuuenire cùm creditor pignoratitius ante solutam sibi pecuniam reddit pignus debitori. Placet enim non eo minùs saluam ei esse debiti persecutionem, ita vt nec taciti pacti exceptione repellatur, in eóque minus posse pignoris quàm chirographi redditionem, cum creditor qui chirographum reddidit si petere debitum pergat, taciti pacti exceptione sit repellendus, *l. 2. §. 1. & l. 3. D. de pact.* Sed respondeo pleniùs nos vltimas defunctorum voluntates quàm viuentium facta interpretari. Nam in factis nihil aliud intueri possumus nisi quod factum est, præcise, aut quod ex facto inferri necessario debet, qui autem pignus debitori suo reddit, nihil aliud facit nisi quod pignus reddit, ipsum verò debitum non solùm non remittit expresse sed nec tacitè, quomodo qui chirographum reddit, tacite debitum remittere dicitur, quia id facit quod non nisi accepta solutione fieri solet, quotidie autem precario rogantur creditores à debitoribus qui res suas pignori obligauerunt, *l. certè* 6. *§. vlt. D. de precar.* vbi dicitur precarium hoc consistere non proprietatis nomine sed possessionis. At cùm creditor suo debitori legat rem obligatam, ea voluntate est vt heredem suum vel inuitum obliget ad pignoris

restitutionẽ,quod porrò ex iuris ratione non aliter restituere cogi alioquin posset quàm si priùs sibi solutũ esset debitũ,aut aliter eo nomine plenissime satisfactũ *l.si rem 9 §.omnis pecunia. D.de pign.act.* Plus ergo debitori prẹstari vult,quàm si eidẽ is ipse pignus redderet:nec nouũ aut incõueniens est,duriorẽ fieri interpretationem obligationis,quàm liberalitatis,& cõtra creditoris heredẽ quem creditor ipse obligauerit de pignore restituendo,quàm contra creditorem ipsum si fortè viuus ille pignus debitori reddere maluisset. Quod enim creditoris heres cogi non potuisset pignus reddere, nisi soluta priùs pecunia omni quæ debebatur, tantò magis ei nocet, vt post redditũ pignus debitã pecuniã petere amplius nõ possit,quia vt de chirographi redditione diximus, (licet ad spontaneã quoque id pertineat) contra solitũ creditorũ morem est,immo quod in proposito amplius est,contra iuris rationẽ,vt priusquã debiti solutio facta sit,pignus sibi eripi patiantur. Cum igitur in confesso sit legata debitori re obligata,hactenus valere legatũ vt ex voluntate creditoris liceat debitori ab inuito quoque creditoris herede pignus extorquere nulla præcedente solutione. An non prorsus consequẽs est liberationẽ etiã hoc casu debitori legatã videri? Quo enim alio iure posset pignus recuperare tanquã liberatũ si non esset ipse liberatus? Quod tamen non similiter possis dicere cùm pignus vltrò ac sponte redditur debitori ab ipso creditore. Liberalitas.n.illa est creditoris,qui cùm ita facit,non modò vim nullã sibi aut legibus fieri patitur, faciẽs è cõtrario quod quotidie faciũt pleriq. creditorũ, sed neque pignoris sui ius aut vinculũ vllomodo remittit,siquidẽ pignus redditũ nihilominus remanet obligatũ quoadusq; pecunia soluta sit,nec nisi pignoris detẽtionẽ & retentionẽ quã habebat creditor,per huiusmodi redditionẽ amittit. Vt proinde negari nõ possit quin melior sit & esse debeat condicio debitoris cui creditor rẽ obligatã legauit quã cui ille ipse pignus reddidit. Etsi nõ inficior posse etiã ita legari pignus debitori vt vinculũ duntaxat pignoris dissoluatur nõ etiã ipsius debiti liberatio debeatur. Nẽpe si aperta illa fuerit testatoris volũtas, in cuius sanè arbitrio est,liberalitati suæ prẹscribere quẽ velit modũ. Sed hoc cõtendo,in dubio si creditor rẽ sibi obligatã legauerit debitori,nõ solùm ius pignoris legatũ intelligi debere, sed etiã ius liberationis, in eóq; à Triboniano dissentio, qui fatetur quidẽ posse tali legato ius quoq; liberationis cõtineri ex voluntate testatoris,sed eã volũtatẽ probari vult à debitore,cũ ita scribit,*sed si alia testantis voluntas fuit.* Ego cõtrà voluntatẽ hãc in dubio præsumi volo pro debitore,nisi aliã & contrariã probet heres creditoris. Cui nostrẹ interpretationi fauet nõ solũ titulus ipse qui est *de liberat.legat.* sed etiã quod initio legis Vlp.scribit, Omnibus debitoribus ea quẹ debẽt rectè legari,licet domini eorũ sint. Cõsequens.n.fuit,vt subiecerit Vlp.idẽ dicẽdũ vt valeat legatũ etiãsi nõ debitũ ipsũ,sed res pro debito obligata legata sit debitori. Eadẽ.n. dubitãdi ratio est,ꝙ nõ valeat legatũ eius rei quẹ legatarij sit. Eadẽ quoq; decidẽdi ꝙ nõ sit credẽdus testator legasse quod alienũ fuit,sed quod suũ. Ergo vtroq; casu ius debiti exigẽdi,quod ipsũ nihil aliud est,quã ius liberationis. Neq; debuit Tribonianus decipi ex eo quod Iulianus scripserat,*haberéq; eũ actionẽ vt pignus recipiat priùs quã pecuniã soluat.* Vnde sũpsit ille occasionẽ subiiciẽdi,*sic autẽ loquitur Iulianus quasi debitũ nõ debeat lucrari.* Quid.n. referre potuit an ita Iulianus scriberet,*prius quã pecuniã soluat,* an ita potiùs quomodo scribẽdũ erat secundũ Tribonianũ, *etiãsi pecuniã nunquã soluat?*

Ignorauit nimirum Tribonianus aut certè non animaduertit paria hæc esse, pecuniámque debitã aut priùs quàm pignus repetatur solui debere, aut nunquam, quoties pignus repetitur inuito creditore, aut, quod idem est, creditoris herede, nisi cùm creditor ipse contrariam legem dixit, & heredi suo & debitori. Nec simile est quod Paulus respondit in *l. creditorem 85. de lega. 2.* creditorem cui res pignoris iure obligata à debitore legata esset, nõ prohiberi pecuniam creditam petere, si voluntas creditoris compensare volentis euidenter non ostenderetur. Longè namque aliud est rem obligatam legari à debitore creditori: aliud verò legari à creditore debitori. Legatum siquidem cùm sit donatio & liberalitas, non facilè cedit pro datione in solutum, quia quantò largius accipitur, tantò magis distat à debiti solutione. At multò facilius cedit pro liberatione, quoniam in liberando liberalitas cernitur, non in soluendo. Et verò in re obligata quam debitor legat, nihil est debitoris aut quod debitor legasse videatur, præter rem ipsam, in re autem obligata quam legat creditor, nihil è contrario est quod sit testatoris præter ius ipsum debiti & pignoris. Quod vtrumque sicut habet creditor, ita æquè legasse intelligendus est, ne aut nihil in effectu, aut minus saltem quàm potuerit, & quàm in re ipsa iuris habuerit, legasse videatur, *arg. l. in testamentis 12. de regul. iur.* Illud verò omnium maximè Tribonianum mihi prodidit, quod post ea verba, *Sic autem Iulianus loquitur, quasi debitum non debeat lucrari.* Adiecit ille, *sed si alia testantis voluntas fuit & ad hoc perueniretur, exẽplo luitionis.* Quid enim scribi potuit stultius & ineptius? An fortassis eorum verborũ *& ad hæc perueniretur* alius sensus esse potest, quàm vt si alia testatoris voluntas fuerit, non tantùm ius pignoris, de quo solo Iulianũ sensisse Tribonianus credidit, sed etiã ius debiti, debitúmque ipsum lucrari debitorem oporteat? Quo admisso, quæro quis sensus esse potest illius adiectionis *exemplo luitionis*? An fortè debitum lucratur, cùm pignus luit? An non è contrario pignus luere hoc ipsum est, debitum offerre & soluere? *l. 1. l. vlt. & tot. tit. C. de luit. pignor.* Non ignoro quid Tribonianus senserit, voluit enim dicere debitorẽ cui creditor legauit rem pignori obligatam, hoc ex legato consequi debere, vt non modo pignus liberum & immune repetat, sed & eodem prorsus iure quo si pignus ipse luisset, id est ita vt neque personali vl la obligatione tanquã debitor maneat oblig: tus. Sed cùm de illo tantùm quæreret, an debitor hic cui pignus legatũ fuisset, lucraretur debitum, dico non fuisse accõmodatum subiicere *exemplo luitionis*, cùm nihil tale interueniat in pignoris luitione: per quã scilicet nihil lucri cõsequitur debitor, sed tantùm vitat damnum ne res obligata quæ pluris sit, pro viliore debito vel distrahatur, vel retineatur. Mihi porrò videor vicisse statim atque probaui, inconcinnè & ineptè ne dicam ineleganter, in prudentũ responsis, quid scriptum esse. Quid enim aliud superest, quod vel coniicere, vel adfirmare possimus, nisi totum id quod absurdum & ineptum est, Triboniano adscribendum esse non Vlpiano, aut alii vlli ex magnis illis Iureconsultis? Fiet verò hoc apertius ex iis quæ sequenti capite subiiciemus.

Alij Tribonianismi tres in l. si quis reum 5. eod. tit. de liberat. legat. CAP. XI.

SI quis reũ habeat, & fideiussorem, & reo liberationẽ leget, placet Iuliano, quod & Vlpianus probat in *l. 5. de liber. legat.* reum per acceptilationem

lationem liberandum esse non per pactū, ne alioqui si heres creditoris cœperit fideiussorē cōuenire, alia ratione & via reus cōueniatur. Sensus est ni fallor ex huiusmodi legato plenissimā deberi liberationē debitori, ac proinde nō posse sufficere vt liberetur per pactū, quia pacti de nō petendo ea vis non est vt debitorem liberet ipso iure, sed tantùm ope exceptionis *l. si vnus 27. §. pactus ne peteret & pass. D. de pact.* nemo autem nescit quammaximè interesse debitoris vt liberetur ipso iure potiùs quàm per exceptionem, vel ob id ne conueniri vnquam vel vllomodo possit. Quamuis enim dici soleat, nihil referre an ipso iure quis actionem non habeat, an talem habeat, quæ per exceptionem infirmetur *l. nihil interest 112. De regul. iur.* id tamen accipiendùm esse constat quod ad effectum actionis contra quam fuit opposita exceptio, non etiam ita, vt æquè tutus sit is qui si conuenietur habiturus est exceptionem, atque is contra quem vtpote iam ipso iure liberatum nulla actio superesse darique potest. Accidit namque sæpenumero vt competens exceptio non opponatur, vel per imprudentiam vel etiam per errorem siue iuris siue facti, atque ita condemnetur is qui iustam exceptionem habuit non minùs quàm si nullam habuisset *l. si non sortem 26. §. indebitum l. qui exceptionem 40. D. de condict. indeb. l. si fideiussor. 29. per tot. D. mandat. l. qui hominem 34. §. vlt. D. de solut.* quod cōtingere non posset sublata actione & extincta ipso iure per acceptilationem. Inde igitur fit vt non sit audiendus heres creditoris qui liberationem debitori præstare iussus est, si velit eum pacto duntaxat liberare, quoniam nihil potest interesse heredis an hoc an illo modo debitor liberetur. Ipsius verò debitoris potest multum interesse vt per acceptilationem magis quàm per pactum liberetur, hoc est vt ipso iure potiùs quàm beneficio & auxilio exceptionis. Vna tantùm ratio esset quæ videretur facere pro herede ne per acceptilationem liberare debitorem cogeretur. Nempe quòd per liberationem ita factam tollatur omnis & tota quanta est obligatio, nec tantùm quòd ad personam debitoris cui legata liberatio est, sed etiam quod ad personam fideiussoris, de quo non videtur testator cogitasse, certè de quo locutus non fuit. Sed ratio hæc non est bona, quia non minùs interest debitoris ne fideiussor eius, quàm ne illeipse cōueniatur, cùm alioqui futurū sit vt per mediam fideiussoris personam qui aduersus reū habiturus regressum est, ad reū quoq. perueniatur, in quo planè voluntas & propositū testatoris offenderetur, *l. 1. §. exceptionē D. quar. rer. act. non dat. l. cùm lex. 46. D. de fideiuss.* Quid? An non æquè cautum erit & prospectū indemnitati fideiussoris etiamsi reus per pactum duntaxat nō per acceptilationē fuerit liberatus? Ita sanè, si nihil aliud quæris aut curas, nisi vt fideiussori æquè ac debitori ipsi consulatur. Cōstat enim pactum de non petendo cum reo initum, tanquam quod sit in rem, si non in personam expressim conceptum proponatur, non minùs prodesse fideiussori quàm reo, non quia fideiussoris, sed quia ipsius rei intersit *l. & heredi 21. §. vlt. cum seqq. D. de pact.* Sed quemadmodum diximus non satisfieri voluntati testatoris nisi reus, etiam qui fideiussorem nullum dederit per acceptilationem non per pactum liberetur, vt plenissima ei contingat liberatio & ipso iure, nec indigeat ope exceptionis, ita nec sufficit vt eandem exceptionē pacti quam haberet reus per pactum liberatus, habiturus quoque fideiussor esset, vel ob id vnum, ne si fortè fideiussor quandocūque conuentus siue prudens & sciens siue per iuris factive ignorantiam omiserit exce-

ptionem & soluerit creditori, nouæ litis materia emergat an reus debeat & præstare indemnitatem, ex eáque causa confugiendū sit ad distinctiones illas de quibus in *d.l.si fideiussor* 29.*D.mādat.& in l.exceptione* 67.*D.de fideiuss.* Denique cùm nihil penitus intersit heredis, quē certum est non magis à fideiussore quàm à reo petere quicquā posse quin reo teneatur ex testamēto, etiamsi neque per acceptilationē neque per pactum liberauerit debitorem, *l.2.D.hoc tit.De liber.legat.*qua fronte obsecro potest ille recusare prætextu fideiussoris cui nihil legatū fuerit,quin reum liberet non per pactum duntaxat,sed etiam per acceptilationem?Eleganter tamen idem Vlp.subiungit, quod etiamsi prætermisisset omnino cōsequens esset superioribus, Si donationis causa fideiussor interuenerit, aut ad eum pecunia peruenerit, & ipse reū dederit vice sua ipséque fideiusserit, pacto reum esse liberandū. Scilicet quoniam,vt lex ait,nullum his casibus regressum habet fideiussor cōtra debitorem *l.sed si fideiussor* 24.*D.de pact.*Et ideo nihil interest debitoris vt liberetur fideiussor,qui vtique liberaretur ipso iure, adeóq. etiam inuito tam creditoris herede quàm debitore si debitor ipse per acceptilationē liberaretur. Cùm enim fideiussoria obligatio non nisi accessoria sit quæ proinde sola per se subsistere non potest,acceptilatio autē sit ex iis modis quibus placet ipso iure perimi & extingui cuiuslibet generis obligationē,*l.penult. D. de solut.l.1.l.pluribus* 6. *& tot.tit.D. de acceptil.*apparet fieri nullomodo posse vt liberato per acceptilationem debitore fideiussor maneat obligatus. Quod non similiter locum habet liberato duntaxat per pactum debitore, quia non obstante pacto superest ipso iure obligatio quæ per pactum tolli non potuit, quæque licèt sit inefficax quod ad personā debitoris, qui cōtra eam tutus est exceptione pacti,satis tamen virium habet ad retinendam fideiussoris obligationem *l. Stichum aut Pamphilum* 95.§.*quod vulgo D.de solut.*haud aliter quàm si personale pactum de non petendo cū debitore initū proponeretur, quod vtique fideiussori prodesse nec posset nec deberet, *l.nisi hoc actum* 22.*D.de pact.* At, inquies fortasse, quid interesse potest, an his casibus quibus fideiussor nullum regressum contra debitorē habiturus est,debitor liberetur per acceptilationē?Cùm iam dixerimus ex pacto quoque de non petendo, nisi merè conceptum sit in personam debitoris, non minùs fideiussori quàm debitori exceptionē dandam esse.Sed meminisse oportet,quod etiam adiecimus ex *d.l.& heredi* 21.*§.vlt. eo.* ius illud non fideiussoris causa sic comparatum esse,sed debitoris, propterea quòd ipsius intersit vt eadem quæ sibi exceptio pacti accōmodetur fideiussori,quoties fideiussor regressum aduersus eum habiturus est. Quæ ratio cessat apertè, cùm fideiussor vel in rē suam, vel donādi animo interuenit, & aliis casibus si qui sunt similes, in quibus mandati actio nulla possit fideiussori competere pro consequēda indemnitate aduersus debitorem. Ex quo apparet pene ridiculā esse obiectionē,indignámq.quā Vlp.noster expresserit iis verbis quæ sequuntur in *d.l.*5.*Atquin solemus dicere pacti exceptionē fideiussori dandā,quæ reo cōpetit*,siue ad priorē respōsi partē referre illā velis siue ad posteriorem.Sed multò magis ridicula respōsio est,quę sub Vlpiani nomine talis proponitur,*sed cùm alia sit mens legātis,alia paciscētis,nequaquā hoc dicimus.* Quæro enim à Triboniano quid illud est, quod nō dicimus? An illud fortasse quod proximè dixit ille,exceptionem pacti quę reo cōpetit dandā esse fideiussori? Nimirū id locū non habere si pactū ex volūtate testātis qui reo libera-

liberationem legauit, cum reo ipso initum proponatur. Quidni verò? An eò minùs pactum in rem conceptum vires suas habet quod ex testatoris iudicio interponatur? An potiùs ea Triboniano videtur esse voluntas testatoris legantis reo liberationem, vt fideiussor non liberetur, & consequenter vt per mediam fideiussoris personam ille idem reus cui liberatio legata fuit inquietetur? Atqui pugnat hoc euidenter cum eo quod suprà diximus ex Pomponio in *l.2.eod.tit.* Igitur Tribonianum illud fefellit, quod nō potuit rationem videre propter quam in priore responsi parte voluerit Vlpianus post Iulianum liberari debitorem acceptilatione non pacto, & existimauit non alia de causa id fieri, quàm quòd alioqui exceptio pacti competens debitori non posset porrigi ad fideiussorem: quasi sensus ille sit eius versic. *alioquin si fideiussorem cœperit, conuenire alia ratione reus conuenietur.* Quod tamen falsissimum est. Est enim longè alius & diuersus, quem nos nunc primùm aperuimus. Rursum nec illud vidit, cur in posteriore parte responsi liberato reo per pactum eadem pacti exceptio quæ reo competit, non prosit fideiussori, & putauit speciali aliquo iure petendo ex voluntate testatoris, ita comparatum esse non iure communi, quod æquè stultum est. Denique nullam possis vnquam vel diuersitatem vel diuersitatis rationem inuestigare per quam liceat commodè interpretari verba illa ænigmatica, quæ nos & alias iampridem, & nunc quoque tantopere torserunt, & in quorum explicatione non negamus nos errasse. Sed cum iuris ignoratio decepit, nos Vlpiani nomē, sub quo ille sententias suas tanquā Vlpianeas, aut alterius Iurisconsulti proprias obtrudēs toties nobis illudit, tótque crucibus exagitat ingenia eruditiorum. Hic ergo primus sit Tribonianismus à nobis nunc tādem obseruatus in hac lege. Proximè sequitur secundus in *§. quòd si fideiussori.* verba hæc sunt, *Quòd si fideiussori liberatio sit legata, sine dubio, vt & Iulianus scripsit, pacto erit fideiussor liberandus.* Et Vlpiani esse totā hanc clausulā non dubito. At quod sequitur *Sed & hic puto interdum acceptilatione liberandum, si vel reus ipse fuit, vel in eam rem socius reus.* alium Tribonianismū esse contendo. Putauit enim Tribonianus, quemadmodum liberatione legata debitori, liberandus est ille acceptilatione non pacto, non alia ratione, vt ipse credidit, quàm vt liberationis commodum ad fideiussorem quoque perueniret, quasi peruenire non posset interueniente duntaxat pacto, (in quo errauit vt ostendimus) ita è contrario si liberatio legata sit fideiussori qui reuera & effectu ipso non tam fideiussoris quàm rei personam sustineat, liberandum eum acceptilatione non pacto, ne alioqui nihil ei profutura sit liberatio, si alius qui sub rei nomine reuera fideiussor est, inquietetur, mox contra fideiussorem hunc cui legata fuit liberatio regressum habiturus. Sed euidens dissimilitudinis ratio est, quam vir bonus non animaduertit. Liberatio enim legata reo, prodesse idcirco debet fideiussori, quoniam alioqui per mediam fideiussoris personam reus conueniretur, & quidem tanquā reus, ac proinde tanquam is cui liberatio legata est. Fuit enim legata tanquā reo, & tanquam reus, est ille obligatus duobus, creditori actione prima, siue hac, siue illa, fideiussori verò actione mandati. At liberatio legata fideiussori nunquā ei prodesse potest aut debet nisi tanquā fideiussori, præterquā si euidēter cōtraria sit volūtas testatoris, vnde est quod si quis filiumfamilias habēs obligatū patrē eius fideiussorē acceperit, deinde patri liberationē legauerit, non est in dubio censendus reliquisse liberationē patri tan-

quam patri, sed dũtaxat tãquam fideiussori, licèt, quod magis est sub patris non sub fideiussoris nomine liberatio ei legata sit, quoniam fideiussoris obligatio specialior & potentior est. Ita vt pater liberatus tãquam fideiussor, nihilominus actione de peculio conueniri possit, vt ex eodem Iuliano Vlp. noster scribit in *§. vlt. huius legis*. Ergo similiter ac multò magis dicendũ est, Etiamsi fideiussor cui liberatio relicta est, reuera fuerit reus, non ille quem reum vice sua ipse dederit, liberationem ei legatam, & quidẽ non simpliciter, aut sub nomine Titij vel Sempronij, sed sub nomine fideiussoris (quamquã nec aliud fore puto si simpliciter aut sub proprio ipsius nomine relicta proponatur) prodesse illi non debere tanquã reo, sed tanquã fideiussori dũtaxat, licèt ita futurum sit vt conuento eo qui se reũ fecit, fideiussor hic inquietetur, siquidẽ, quòd pertinet ad testatorem qui liberationem legauit, fideiussor hic tantùm fuit, non reus. Quod verò actionem mandati quæ fideiussoribus omnibus dari solet, habiturus non sit, at è contrario alij qui se vicariũ vt ita dicã reum fecit indemnitatem plenissimã præstaturus, pendet ex eo negocio quòd inter ipsos gestum est separatim, non ex eo quod vterque ipsorum gessit cum creditore qui legauit liberationem. Proinde non potest liberationis legatum factum à creditore ex illo negotio inter alios gesto recipere interpretationem. Nec si ponas creditorem istum rei gestæ veritatem non ignorasse, quia semper verum est quòd ad creditorem spectat, & reũ esse illum qui se tanquam reum obligauit, & fideiussorem illum qui non reperitur obligatus, nisi tanquam fideiussor. Porrò liberatio legata fideiussori nunquam debet reo prodesse, nec à fideiussore ad reum transire, ne per eiusmodi extensionem alij consulamus, quàm cui testator consultum voluit, *arg. l. nec adiecit 9. D. pro socio*. Potest quidem fieri, vt ei quoque cuius nomen in testamento scriptum non est, consultum voluerit testator, quo casu placet non eo minùs legatarium illum esse, *l 3. §. penult. & vlt. eod. hoc tit. l. fideicommissa 11. §. plerunque & seq. de leg. 3.* Sed vt alij quàm cui prodesse testator voluit, proficiat, legatum liberationis fieri nullomodo potest. Atqui ponimus liberationem legatam fideiussori non reo. Ergo nec si fideiussor idem reus sit, tamen liberandus erit tanquam reus, sed duntaxat tanquam fideiussor, vt ea liberatio neque ipsi prosit tanquam reo, neque alij qui tanquã reus voluit obligari. Neque pugnat quod Paulus scribit in *d. l. sed si fideiussor 24. D. de pact.* Si fideiussor in rem suam spoponderit, habendum eum pro reo, & idcircò pactum cum eo initũ cum reo ipso initum videri, vt illi etiã qui pro reo datus est prosit, tanquã fideiussori. Nã id rationẽ illam habet, quòd cùm pactũ vltrò interpositum fuit, non tam inspicimus cui pactũ factũ sit, quàm cui prodesse intersit paciscentis, vt in præcedentibus legibus Paulus scribit. Cùm verò liberatio alicui legata est, non illud inspicimus cui prodesse liberationem intersit legatarij, sed cui tantùm, prodesse, prospectùmque esse voluerit, is qui legauit, nec rursum cui tãtùm, sed etiam tanquã cui, ne liberationis effectus vltra testantis voluntatem porrigatur. An ergo alia minórque potestas erit pacti propter liberationẽ legatã adhibiti, quàm si vltrò nec præcedente liberationis legato interpositũ esset? Nequaquã, vt superiore capite disputauimus contra Tribonianũ. Sed hoc volo, aliter concipiendum pactum, quòd sola paciscentium voluntate, aliter illud quod in legati consequentiam interponitur, Ne contra testatoris voluntatem eueniat, vt idem sit effectus vtriusque. Pactum quod non aliam

causam

causam habet quàm pacifcentium, solam voluntatem simpliciter concipiendum est, vt nihil prohibeat ne omnibus prosit, quibus prodesse intersit pacifcentis. Neque vt quod initum est cum fideiussore in rem suam, prosit ei qui tanquam debitor pro huiusmodi fideiussore obligatus est, quicquam aliud exigimus, nisi vt qui paciscitur, sciat rem ita gestam inter reum & fideiussorem (Alioqui sanè difficile est dicere, cum qui fecit pactum cum fideiussore quem verum fideiussorem putabat, non facturus nisi sciuisset iure ita comparatum esse, vt exceptio pacti cum fideiussore initi non competat debitori, si postea cum debitore experiri velit repellendum exceptione) At pactum quod ad effectum liberationis legatæ inuito etiam herede interponendum est cum fideiussore cui legata fuit liberatio, non simpliciter concipi debet, sed expressa qualitate fideiussoris, vt intelligat non liberari se per eiusmodi pactum nisi tanquam fideiussorem, nec proinde fieri posse vt id pactum alij vlli prosit, quia fideiussoris tanquam fideiussoris interesse nunquam potest, vt alij quàm sibi pactum suum prosit, *l. fideiussoris 23. D. de pact.* Idque intelligere possumus non obscurè ex eo quod supradiximus de patre obligato actione de peculio eodémque filij sui fideiussore, eũ scilicet si ex creditoris sui testamento liberationẽ meruerit, liberandum ab herede, quasi fideiussorẽ non quasi patrẽ *d. §. vlt. huius leg.* Ergo non per pactũ simpliciter adhibitũ, sed sub expressa illa qualitate fideiussoris. Quis enim dubitet quin si pactũ simpliciter patri factum esset de non petẽdo, habiturus ille esset pacti exceptionẽ, siue tanquã pater, siue tanquã fideiussor conueniretur? Idẽ ergo dicimus legata liberatione fideiussori qui in rẽ suã fideiusserat, aliúmq; reũ dederat vice sua, vt si creditoris heres cum eo simpliciter paciscatur de non petendo, profuturum sit pactum ei quoque qui reus datus fuit, idque non propter legatum liberationis, sed propter pactum ex *d. l. sed si fideiussor.* Verùm ne id eueniat, liberandum esse pacto hũc fideiussorem, non simpliciter sed tanquam fideiussorem. Quod & satis apertè Vlp. innuit, cùm ait & liberationem legatam fideiussori, & fideiussorẽ liberandum, demonstrata scilicet in omnibus non tam persona, quã qualitate fideiussoris. Tertius Tribonianismus est in *§. sed si damnatus.* Tractat Vlp. ex eodem Iuliano casum illum quo filiusfamilias debitor fuerit, & patri eius, aut ipsi etiam filio liberatio legata. Et primùm quidem si patri liberatio relicta sit, pacto duntaxat liberandum patrem esse ait, ne filius quoque liberetur, siue aliquid sit in peculio die legati cedente, siue non. Sed si damnatus sit heres filium liberare, *non adijcit Iulianus*, inquit Vlpianus, *vtrum acceptilatione filius, an pacto sit liberandus, sed videtur hoc sentire quasi acceptilatione debeat liberari, quæ res patri quoque proderit.* Hunc verò versiculum existimo totum esse Triboniani, existimantis minùs accuratè tractatam à Iuliano propositam quæstionem, & ab eo prætermissam partem illam distinctionis, si non patri debitoris filijfamilias, sed ipsi filiofamilias liberatio relicta proponeretur. In quo labitur proculdubio manifesta iuris ignoratione. Casum enim istũ quo dãnatus sit heres filiũ liberare, ideò prętermisit consultò Iulianus, quia nec illa poterat incidere dubitatio vtrũ acceptilatione filius, an pacto esset liberãdus. Siue namque per pactũ, siue per acceptilationẽ filius liberetur, fieri certè nequit vt nõ pater etiã per consequentias liberatus intelligatur, quia licèt dici soleat eũ qui cũ filiofamilias cõtrahit duos habere debitores filiũ in solidũ, patrẽ verò duntaxat de peculio, *l. si*

quis cum filiofamilias 44. *D. de pecul.* illa tamen inter vtriusque obligationẽ differentia est, quòd filij obligatio & principalis est & pura, patris autẽ non nisi condicionalis, & accessoria, vt paulò antè idem Vlp. scripserat ex Marcello, qui hanc rationem secutus, inferebat contra Iulianum, repetere patrẽ posse, quod soluerit pro filiofamilias debitore, qui rei iudicandæ tempore non sit soluendo, tanquam condicionalem debitorem, aut cum saltem qui sit loco condicionalis debitoris, quem si interim soluerit id, quod non nisi sub condicione debetur, repetere posse non ambigitur *l. qui promisit* 48. *D. de condict. indeb.* Quænam verò hîc condicio est? Nulla equidem expressa, quia nec obligatio ipsa expressa est, sed tacita, & quæ sola legis iurisque potestate inducitur, ob idque non sic loquuntur Iureconsulti vt patrem cõdicionalem debitorem dicant, sed condicionalis debitoris loco. Tacita autem condicio ea est, si filius debitor maneat, nec soluendo sit. Ac proinde filio liberato, siue per pactum, siue per acceptilationem, consequens est vt tanquam deficiente obligationis paternæ condicione, pater quoque liberetur, ideóque quod magis est, ipso iure, tametsi filius eo casu quo per pactũ duntaxat liberatus est, maneat ipso iure obligatus, quoniã vt tota condicio, cuius natura & potestas indiuidua est, defecisse intelligatur, sufficit deficere in parte, Vt hic deficit ex ea parte quæ requirit filiumfamilias non esse soluendo. Est enim soluẽdo, adeóque in effectu soluisse intelligitur, quisquis tutus est exceptione pacti de non petendo, cùm habeat quod obiiciat creditori, quemadmodum de eo qui tempore liberatus fuit, eleganter Papinianus scribit in *l. si pupillus* 45. *in fi. D. de admin. & peric. tut.* Nihil siquidem interest an liberatus quis sit tempore an pacto, cùm vtroque casu liberatio non inducatur ipso iure, sed per exceptionem, quia tempus non est modus tollendæ obligationis, sicut nec pactum, *l. obligationũ ferè* 44. *§. placet. D. de oblig. & act.* Bene igitur & subtiliter Iulianus vidit quod Tribonianus ignorauit, legata filiofamilias liberatione non esse distinguendũ an liberetur ille per pactũ an per acceptilationem, cùm perinde vtroque casu pater ipso iure liberetur ob defectũ condicionis, sub qua erat ille de peculio obligatus. Sed ei distinctioni tũ demùm locum esse, cùm patri & quidem soli relicta liberatio est. Nam cùm filiifamilias obligatio principalis sit, & pura, nihil vetat liberato patre per pactũ, obligationem filijfamilias superesse, quę tamẽ non superesset si liberatio per acceptilationem facta proponeretur, propterea quòd acceptilatio, vt in superioribus diximus, ciuilis & imaginaria solutio est quæ iure ciuili ad effectũ inducendæ liberationis eiusdem potestatis est, cuius vera solutio & naturalis, *l. pen. D. de solut.* Patris námque & filij obligatio licèt duorum sit, tamen vna tantùm est, & vnica, siue naturali, siue imaginaria & ciuili solutione tollitur, vt eueniret in obligatione correorum debendi, aut rei & fideiussoris. Proinde ridicula est illa Triboniani adnotatio, *sed videtur hoc sentire quasi acceptilatione debeat liberari, quæ res patri quoque proderit*, & ei persimilis, quam superiore capite obseruauimus in *l. 1. eod. hoc tit.* Eámque Triboniani manum illud etiam apertiùs prodit, quod statim sequitur in hæc verba, *quod obtinendum est, nisi euidenter approbetur contrarium sensisse testatorem, id est, ne filius inquietetur, non ne pater, Tunc enim acceptilatione eum non liberandum, sed pacto.* Nam quis obsecro, ex prudentibus nostris aut aliis bonæ latinitatis autoribus ita vnquam scripsit, *quod obtinendum est*, pro eo quod solent illi dicere, *quod obtinet.* *Obtinendi* enim appellatio

pellatio refertur ad id non quod obtinet,sed quod obtinetur: quæ prorsus alia sunt,& diuersa: Planè in aperta voluntate testatoris vix vllus dubitationi locus relinquitur, quin possit pater manere obligatus vtiliter & efficaciter,filio solo per pactum liberato,ne liberalitas testatoris vltra id quod ipse voluerit,expressimque constituerit,porrigatur.Est enim perpetuum & generale, vt in iis quæ ex testatoris voluntate & liberalitate proficiscuntur, nunquam ipso liberaliores esse debeamus,*l.facta 63.§.si sub condicione.l.debitor 59.in fine princip.D.ad SC.Trebell.*

De sententia & emendatione l.si mandatu 59. §. creditor.D.mandat.

CAP. XII.

POTEST creditor pignus vendere, aut iure creditoris,aut iure communi,hoc est,vel tanquam creditor,vel tanquā alius quilibet,eo scilicet modo,quo res aliena vendi potest,hactenus vt empti & venditi obligatio contrahatur,*l.rem alienam 28.D.de contr.empt.* Quantùm verò intersit an creditoris,an communi iure pignus venditum sit à creditore,apparet ex iis quæ in hanc rem scripsimus,*Decade 1.de error.pragmat.* Sed illa præcipua & notissima inter cæteras differentia est,quòd euictionem pignoris venditi non debet creditor, qui vēdidit iure creditoris quam vtique debet is qui vendidit iure communi,*l.1.& 2.C.credit.euict.pignor.non deb.* Qui enim vendit iure creditoris, & vendendo idipsum exprimit(alioqui iure cōmuni vendere credendus est quisquis simpliciter vendit, vt maximè sit creditor) hoc ipso profitetur alienam rem se vendere, & cuius vendendæ non aliud ius habeat,quàm quia creditor est,cùm nec obligatā eam pignoris iure habere posset,si sua esset non aliena,*l.neque pignus 45.de reg.iur.*Itaq; nullā emptori facit iniuriam, etiamsi euictionē præstare recuset dūmodo præstet se & iustū & potiorē creditorem, si modò nihil dolo malo fecisse probetur,vt scriptū est in *d.l.1.*Vsque adeò autem nō tenetur de euictione creditor,qui iure creditoris vendidit, vt neque actione ex empto ad precij accepti restitutionem teneatur. Id enim multis constitutionibus effectum est vt loquitur Vlp.in *l.ex empto 11. aliàs l.emptorē §.sententiam de act.empt.* ita innuens non obscurè fuisse in id necessarium auxiliū constitutionum, sed tamen vt ego quidem arbitror, non tam ad nouum ius inducendū, quàm ne dubitationi locus aliquis relinqueretur,ex eo quod euenit nonnunquam,vt venditor qui de euictione non tenetur, nihilominùs ad precij restitutionē teneatur,vt puta si conuenerit expressim ne de euictione vllomodo vllóve casu obligetur,*§.vlt.eiusdem l.*Quid tamen si ante precij solutionē,pignus à creditore iure creditoris venditum euincatur? Ad hunc casum constitutiones non pertinent, quæ de precij restitutione locutæ, supponunt in necessarium antecedens,factam esse precij solutionem. Nihil enim esset quod tractari posset de restitutione precij non soluti.Ergo quāuis creditor si precium pignoris à se creditoris iure venditi ante euictionem accepisset, postmodum euictione secuta precium restituere non deberet,si tamen post perfectam venditionem ante precium numeratum rei venundatæ secuta fuerit euictio, precium petere nullo iure potest, tametsi pignoris possessionem

ex causa venditionis transtulerit in emptorem, quia nec tradita videtur possessio quæ posteà per euictionem fuit ablata. Nam si litem de proprietate motam esse sufficit ad hoc vt emptor ad totius vel residui precij solutionem compelli non possit, cùm in ipso limine contractus immineat euictio si non emptori satis offeratur, vt generaliter & indistinctè proditum est in *l. si post perfectam 24. C. de euict.* quanto magis succurrendum est emptori cui non tantùm mota fuit quæstio de re vendita, sed ipsa res iam euicta? Idque meo iudicio non minùs apertè quàm eleganter coniicere licet ex eo Pauli responso quod extat in *l. si mandatu 59. §. creditor. D. mandat.* vbi proposita quæstione, An si pignoris vẽditi possessio euicta sit emptori, regressum creditor aduersus mandatorem habere possit, & an intersit vtrum creditoris iure vendiderit an communi iure, Paulus respondet, Si creditor ex pignoris precio debitum consecuturus non sit, mandatorem liberum non videri. Inde namque intelligimus non esse distinguendum an creditoris iure vendiderit creditor an iure communi, sed siue hoc siue illo modo vendiderit, an debitum ex pignoris precio consecuturus sit, necne, vt intelligamus fieri aliquo casu posse, vt etiamsi pignus vendiderit creditor iure creditoris, precium tamen consequi prohibeatur, qui casus vtique alius esse non potest quàm is quem nos dicimus, si pignus venditum euictum fuerit antè precij numerationem, cùm post precij solutionem neque de eo consequendo agi oporteat, neque vereri ne creditor solutum sibi precium retinere non possit, à cuius restituendi metu ex constitutionibus liber est & immunis. Quod si ita est, vt proculdubio est, nemo non videt, esse interpretis non Pauli additionem quæ in eodem responso subiicitur iis verbis, *Ex hoc responso apparet, si euictionis nomine non teneatur, proficere eam rem ad liberationem.* Primùm quia Paulus ipse cuius responsum est, numquam de suo responso tanquam alius & tertius quidam loquens ita scripsisset *Ex hoc responso.* Deinde quoniam illatio ista prorsus aliena est à sensu responsi. Nam si nihil aliud inspiciendum esset, quàm vtrum creditor de euictione teneretur, necne, sep[illegible] omnino esset creditor qui iure creditoris, ab eo qui iure communi pignus vendidisset, quandoquidem qui creditoris iure vendit numquam tenetur de euictione, nisi vel euictionem promiserit, vel dolum in vendẽdo admiserit, qui verò iure communi vendit semper tenetur, ex natura ipsius contractus nisi contraria pactione sibi prospexerit, *d. l. ex empto l. si in venditione 60. & tot. tit. D. de euict.* Et tamen non placuit ea distinctio Paulo qui nihil aliud intuendum putat nisi vtrum creditor ex pignoris venditi precio debitum sit consecuturus, an non. Sed &, quod præcipuè obseruari volumus, fieri potest vt creditor qui pignus vẽdidit, de euictione non teneatur, quia nec euictionẽ promiserit, nec dolũ admiserit, & tamẽ nihilomagis preciũ sit cõsecuturus. Nimirũ si ante precij solutionẽ aut mota sit lis de proprietate rei venditæ, aut euictio secuta, vt à nobis probatũ est. Non ergo potest sufficere ad liberationẽ mandatoris eíque proficere, quod creditor qui pignus vendidit non teneatur de euictione, si non illud etiam concurrat vt non obstante euictione precium venditionis consequi possit. Interpretẽ istum imperitum illud vnum præcipitem egit, quod existimauit creditorem non alio casu prohiberi posse quominus venditionis precium consequatur, quàm quo sit idem ille obligatus de euictione. Quod tamen quàm falsum sit ex his quę modò diximus, intelligi potest.

test. In eodem Pauli responso abundat dictio *promiserit*, in illis verbis, *an communi iure promiserit*. Subaudiendum enim est verbum *vendiderit*, quod immediatè præcedit. Venditio siquidem pignoris, vt præfati sumus, dupliciter fieri potest iure creditoris, & iure communi. Promissio autem euictionis præstandæ nulla fit iure communi, siue creditor pignus distrahat iure communi, quia tũc euictionem promitti nil necesse est, cùm ex natura contractus debeatur, siue distrahat iure creditoris, quia nec eo casu interponi vulgò solet, nisi cùm cautiùs agere vult emptor, vt suæ prospiciat indemnitati, *d.l.1.C.credit.euict.pignor.non deber.* Credibile verò est, ex eiusdem interpretis glossa, & imperitia in textum irrepsisse verbum *promiserit*, quasi præcedentibus illis, *an communi iure* nullus alioquin sensus constaret, qui tamen & optimus constat & aptissimus.

Refutatur Accursii distinctio circa debitoris pupillaris liberationem.

CAP. XIII.

SCRIBIT Accursius noster, quem & Bartolus & cæteri interpretes vulgò sequuntur, ad *l. aut prætor 7. §. permittitur D. de minor. & ad l.1.C.si aduers.solut.* Debitorem pupillarem pupillo soluentem interdum plenam consequi liberationem, pleniorem nonnunquam, plenissimam aliquando. Plenam, inquit ille, si soluerit pupillo sine tutoris aut iudicis autoritate, ex euentu tamẽ appareat pecuniam in rem pupilli versam fuisse, quoniam hoc casu liberatur debitor, opposita doli mali exceptione, ne lucrum pupillus caperet ex damno alieno, *l.si fundus 13.§.1.D. de reb.eor. qui sub tutel. l. vtere 14. C.de præd. minor.* Pleniorem, si soluerit aut tutori ipsi, aut pupillo tutoris autoritate interueniente, sed tamen ea pecunia pupillo tandem perierit, nec in rem ipsius versa reperiatur. Quasi hoc casu indulgenda sit pupillo in integrũ restitutio aduersus debitorem, ipso iure liberatum, Ex §.*at ex contrario Instit. quib.alien.licet vel non.* & ex *d.l.1. C.si aduers.solut.* Plenissimam si soluerit autore iudice, quòd hic casus excludat spem omnem restitutionis, etiamsi damnum in effectu sentiat pupillus, ex *d.§.at ex contrario, d.§.permittitur, & l. sancimus 25.C.de administr. tutor.* Mihi nulla huius distinctionis pars probari potest. Primùm enim falsum illud est plenam liberationem acquiri cum pupillo solutum est, si neque tutoris neque iudicis interuenerit autoritas, tametsi pecunia probetur versa in rem pupilli. Liberationem namque cùm dicimus, non tam factum quàm ius significamus. Nascitur enim sola iuris potestate ex solutione quæ facti est, at non ex solutione qualibet, verùm ex ea quæ facta sit secundum regulas iuris ciuilis. Cuiusmodi non est solutio facta pupillo sine tutore, quia pupillo interdicta est omnis alienatio, alienat autem qui amittit debitorem, licèt in vicem debitoris accipiat pecunię aut alterius rei solutionem, non secus acsi rem aliquam mobilem aut immobilem distraheret precio accepto. Quæ Iustiniani sententia & ratio est in §. *nunc admonendi versic.ideóque Instit.quib.alien.lic.vel non.* vbi ex hoc infert, Si debitor pupillo soluat, necessariam esse debitori tutoris autoritatem, alioqui eum non liberari. Nec quòd habiturus sit exceptionem doli si pro-

bet in rem pupilli versam esse pecuniam, ad rem facit. Tantò magis enim ex eo apparet nullam debitori, nedum plenam liberationem acquiri, cùm exceptio quæ nihil aliud quam actionis exclusio est sicut actionem. Ita & obligationem supponat, sine qua nec actio vlla esse potest *l. licet 43. §. ea obligatio D. de procurat. iunct. l. 1. & 2. D. de except.* Planè effectu ipso satis liberatus esse intelligitur, qui vtilem habet siue doli, siue aliam exceptionem, *l. nihil interest 112. de regul. iuris.* Sed effectus ille non tam ex solutione ipsa nascitur, quàm ex euentu versæ in rem pupilli pecuniæ: qui tamen non est modus obligationis tollendæ iure ciuili: neque ex iis qui naturales dicuntur, neque ex iis qui ciuiles, de quibus in *l. penultim. D. de solut.* Obligationem enim quæ solutionis potestate tollitur, vel tunc tolli necesse est cùm solutio fit, & eo ipso instanti, vel nunquam, quia potestas iuris quæ sola, vt diximus, liberationem inducit, manere in suspenso nullo modo potest. Denique doli exceptio non ex iure proficiscitur, sed ex æquitate contra iuris rationem militante, nec aliam causam habet quàm ne cui dolus suus prosit aduersus naturalem æquitatem, *l. 1. D. de doli except.* Nemo igitur nisi malè cum Accursio dicere possit plenam liberationem solutione consecutum eum, cui post solutionem necessaria sit exceptio doli, ne iterum soluere condemnetur. Secunda verò pars supradictæ distinctionis æquè falsa est. Nam pupillaris debitor siue tutori soluerit, siue pupillo ipsi tutore autore, non solum plenè & pleniùs, vt vult Accursius, sed etiam plenissimè liberatur, & ipso iure, vt Papinianus scribit in *l. Lucius 46. §. tutelæ D. de administr. & per. tutor.* Nec tantùm si soluerit tutori tutelam gerenti, vt eo loco Papinianus loquitur (nimirum ad differentiam eius qui ab administratione remotus est) sed etsi honorario, quia & ad eum administrationis periculum pertinet *l. quòd si fortè 14. §. 1. D. de solut.* Quis autem vnquam dixit obligationem ex euentu reuiuiscere, quæ semel ipso iure fuerit perempta? *d. l. sancimus 25. vers. non enim. C. de admin. tutor. vulg. l. qui res 98. §. aream D. de solut.* aut pupilli priuilegium in ea re vllum esse? *l. 1. C. de contr. iudic. tutel.* Neque verò hoc negat Accursius, Ex solutione tutori facta vel pupillo tutore autore contingere ipso iure liberationem. Sed vult posse pupillo dari restitutionem causa cognita, si ea pecunia bene soluta postmodum ex euentu pereat pupillo, qui neque pecuniam habiturus sit, neque actionem vtilem & efficacem ad eam recuperandam, fortasse tutore ipso tutorisque fideiussoribus non idoneis constitutis. Quod tamen neque lege aliqua probari potest, neque ratione. Nam quod iudicis autoritatem requirere videtur Iustiniani constitutio in *d. l. sancimus*, & de qua in *dict. §. at ex contrario*, ad casum longè diuersum pertinet, ad eum scilicet quo solutio facta sit non tutori ipsi, sed pupillo sine tutoris autoritate, eo nimirum tempore quo nullusdum sit tutor aut curator. Ait enim lex *creatione tutorum & curatorum cum omni procedente cautela*, id est, dum exactè, & cautè, quantum fieri potest, proceditur ad dationem tutoris vel curatoris. Habet enim ea res plerumque longas moras ob tergiuersationes eorum qui vel iniustas adferunt excusationes, vel tutores dati confugiunt ad auxilium improbæ appellationis. Quo tamen toto intermedio tempore iniquum est in obligatione inuitum retineri debitorem pupillarem, qui pecuniam in numerato habeat quam statim soluere vt liberetur, & possit & velit. Cum verò pupilli vtilitas, & naturalis æquitas non pateretur ita ius constitui vt

solutio

solutio facta pupillo sine tutoris autoritate pareret debitori liberationem, illud vnicum remedium fuit, vt imperium & sententia iudicis pro tutoris autoritate esset. In iis nimirum, quæ maioris momenti esse viderentur. Annuos enim reditus annuásque pẽsiones etiam sine iudicis decreto solui posse placuit eidem Iustiniano in *d. l. sancimus, & in l. constitutionem 27. eod.* At eo casu quo pupillus habeat tutorem qui solutionem ipse accipere, aut pupillo solutionem accipienti præstare autoritatem possit, nusquam constitutum aut scriptum reperias, necessarium præterea esse decretum iudicis, vt soluens debitor plenissimam liberationem & securitatem consequatur. Neque repugnat quod idem Iustinianus suam illam constitutionem referens in *d. §.* At ex contrario disertè scribit per eam dispositum esse, *ita licere tutori vel curatori debitorem pupillarem soluere vt prius iudicialis sententia sine omni damno celebrata hoc permittat.* Non enim horum verborum sensus ille est vt eo quoque casu quo tutor vel curator adest, iudicis autoritatem interuenire oporteat, sed hic potiùs vt si pupillo solutum sit sine tutore, vel minori sine curatore, nulláque iudicis autoritate intercedente, vsque adeò in obligatione retineatur debitor, vt nec in tutoris vel curatoris potestate sit ratam facere solutionem ad parandam debitori liberationem, siue iam tùm cùm solutio facta fuit, tutor vel curator aderat, siue posteà datus proponatur. Eámque interpretationem probat, non illud solùm quòd in illa Iustiniani constitutione scriptum diximus, *creatione tutorum & curatorum cum omni procedente cautela.* Sed etiam quod in eodem *§. at ex contrario* subiicitur in hæc verba. *Quòd si* pupillus *malè consumpserit*, pecuniam scilicet sibi solutam, *aut furto aut vi amiserit, nihil proderit debitori doli mali exceptio, sed nihilominùs condemnabitur, quia temerè sine tutoris autoritate & non secundùm dispositionem nostram soluerit.* Quid enim scribi potuit apertiùs vt intelligeremus, Ei demùm imputari posse debitori, qui soluit pupillo & sine tutore, & sine iudice, non etiam illi qui alterutrum adhibuit, licet non adhibuerit vtrunque. Nec rursus contrarium est quod Imperatores rescripserunt in *l. 1. C. si aduers. solut.* Exemplo cæterorum debitorum etiam tutores ea quæ ex tutelæ administratione debent curatoribus soluentes liberari, sed ante tempus in integrum restitutionis præstitutum, edicto perpetuo permissum beneficium implorari, & an sit tribuendum per causæ cognitionem æstimari posse. Imperatorum námque sententia non alia est, quàm vt minor cuius curatori solutum est per tutorem quicquid ex causa tutelæ debebatur, restitui in integrum possit aduersus tutorem. At non in hoc vt rescindatur liberatio quæ fuerat quæsita per solutionem, tametsi soluta curatori egeno pecunia malè ab eo consumpta & profligata proponeretur, sed in id tantùm vt si quid ampliùs tutor debebat quàm ex redditis rationibus debere visus fuisset, condemnari debeat ad totum id quantumcunque sit præstandum, acsi nondum redditæ rationes essent, salua ei manente liberatione, quod ad eam duntaxat pecuniam quæ curatori à tutore soluta reperiatur. Finge per incuriam aut imperitiam aut dolum curatoris, adeò malè ac perfidè redditas esse tutelæ rationes, vt tutor quem postea re melius examinata compertum sit debere quingenta, non nisi ducentorum debitor fuerit constitutus. I a verò ducenta curatori, à tutore soluta esse, postmodúmque à curatore ipso deperdita, qui nec soluendo sit, nec idoneos habeat

fideiussores(quamquam nec aliud erit etiamsi locupletissimus proponatur) Dant Imperatores in integrum restitutionem minori contra tutorem causa cognita,id est,si læsum se probet,in quo vno versatur causæ cognitio quā adhiberi necesse est in integrum restitutionibus minorum. Sed an in id, vt tutor ea ducenta quæ curatori soluit,iterum soluere compellatur?vt Accursius existimat,Minimè gentium.Quid ergo?In id duntaxat vt iterum & melius subducantur & ineantur rationes, compertóque quod tutor debitor re vera fuerit in quingentis, perinde trecenta adhuc peti ab eo possint . acsi à rationum reddendarum obligatione liberatus nunquam fuisset. Nēpe quia nec sola rationum redditio liberat ipso iure tutorem aliúmve administratorem, sed solutio reliquorum,id est,eius quantitatis totius quam rationibus bene redditis deberi appareat.Nam nec rationes reddidisse videtur,qui reliquum non soluit , quamuis ediderit rationes , sicut neque is qui reliquum soluit,non editis rationibus,*l.non solùm* 8.*§.si qui reddere de liber.legat.l.si ita* 13.*§.hæc quæstio D. de manum.testam.l.cùm seruus* 82.*de condic.& demonst.* Cæterùm vt ducenta quæ tutor curatori iam soluerit,iterum solui debeant à tutore prætextu inopiæ curatoris, aut malè redditarum rationum , neque per in integrum restitutionem,neque alio vllo iuris aut æquitatis commento fieri potest.Illud verò etiam obiter notari volumus, ineptè à Triboniano positum esse rescriptum illud Imperatorum sub eo *tit. si aduers. solut. à tutor.vel à se fact.* Titulus enim est de solutione quam vel pupillus vel tutor ipse pupilli nomine fecerit. De qua etiam Paulus in *l. qui res* 98.*§.huic adplicatur minor. D.de solut.*Rescriptum verò est de solutione facta minori,aut quod idem est,minoris curatori, per tutorem tanquam pupilli debitorem. Aduersus quam solutionem restitui pupillum aut minorem impossibile est, ad ressuscitandam obligationem, quæ per solutionem extincta sit, hoc est, quatenus id quod reuera debebatur,reuera solutum fuit: Ideóque nec in eius legis specie restituitur minor aduersus solutionem à debitore suo factā, sed aduersus improbam aut erroneam rationum redditionem , vt pro non redditis habeantur,quæ perperam redditæ reperiuntur.Tertia distinctionis Accursianæ pars superest , ad eum casum pertinens quo pupillaris debitor soluerit pupillo,iudicis autoritate interueniente, siue tutor quoque adfuerit solutioni,siue non. Et in hac etiam parte Accursium cum sequacibus suis errare contendimus , non in eo quòd putant debitorem eo casu consequi plenissimam securitatem,vt nulla prorsus ex causa inquietari vnquam possit ne quidem per in integrum restitutionem (sic enim apertissimè scriptū est in *d.§.at ex contrario,in d.l.sancimus, & in d. l. aut prætor* 7.*§.permittitur. D.de minor.*)sed in eo quod volunt maioris hac parte potestatis esse iudicis quàm tutoris autoritatem.Apertè contrà quàm visum sit Vlpiano in *d.l.aut prætor* *§.*1.vbi ait,si minor conueniat suum debitorem adhibendos esse curatores vt ei soluatur pecunia,idémque posteà repetit iis verbis, *aut curatoribus solui si sunt,* ne dubitare quis possit quin bene soluatur curatori sine metu vllo restitutionis. Tum subiungit, *Quid tamen si prætor decernat soluendam pecuniam minori sine curatoribus & soluerit,an possit esse securus dubitari potest.*Quibus verbis an non apertè significatur,longè minus dubitari posse de securitate debitoris,qui tutore vel curatore autore , quàm eius qui iubente duntaxat iudice soluit. Quod & magis probant quæ apud eundem Vlpianū sequuntur. *Puto autem si allegans minorem esse compulsus sit ad solutionem nihil*

ei impu-

ei imputandum, Nisi fortè quasi aduersus iniuriam appellandum quis ei putet, sed credo prætorem hunc minorē in integrum restitui volentem auditurum non esse. Nulla enim talis distinctio aut hæsitatio vnquã incidit in eam speciẽ qua minori vel pupillo tutore vel curatore autore solutũ proponeretur. Quanquam totus ille versic. ab iis verbis *quid tamen* mihi valde suspectus est, & si bene stylum agnosco sapit non obscurè Tribonianum respicientem fortasse ad supradictam Iustiniani constitutionem quæ extat in *d. l. sancimus.* Nec aliud mihi iudicium est de versic. *sed hodie*, vsque ad versic. *permittitur etiam*, vbi tractatur de pecunia in ædem deponenda, De quo alibi à nobis tractatum fuit. Vtut sit, æquè plenissimam securitatem consequitur debitor pupillaris qui pupillo soluens adhibet tutoris autoritatem, atque si adiiceret iudicis decretum. Vtroque enim casu verum est quod ait Iustin. in *dict. l. sancimus*, id quod ritè ac secundum leges ab initio actum est, non debere ex euentu ressuscitari: Itémque quod idem Vlpian. in *d. l. quod autem 6. §. apud Labeonem. D. quæ in fraud. credit.* iniquum esse impunè non soluere eum qui per prætorem cogatur aut cogi possit vt soluat, quod debet: quomodo vtique cogi debitor pupillaris potest, per tutorem pupilli, vt ipsi tutori soluat.

Emendatio §. vsumfructum l. Stichum aut Pamphilum 95. D. de solut.

CAPVT XIIII.

Obseruauimus in prioribus Coniecturarum libris dissensisse Papinianum à Paulo in quęstione illa, Si debitor decẽ legauerit creditori quæ post annum ei debebat, & viuo testatore, annus superueniat, an inutile fiat legatum. Paulus enim inutile effici voluit, quanquam constiterit ab initio, *l. debitor 82. De legat. 2.* Papinianus verò nec si viuo testatore dies venerit aut debiti condicio impleta fuerit, irritum tamen fieri legatum patitur quod semel competiit, in *l. verbis legat. 5. in fin. D. ad leg. Falcid* Idẽ Papinianus, ni fallor dissentiit etiam ab Africano in quæstione *l. cùm quis 38. D. de solut.* Nam si quis sibi aut Titio dari stipulatus sit, placet Africano magis esse vt ita demum rectè Titio solui dicendum sit si in eodem statu maneat, quod fuit, cùm stipulatio interponeretur. Cæterùm siue in adoptionem siue in exilium ierit, vel aqua & igni ei interdictum, vel seruus factus sit, non rectè ei solui dicendum. Tacitè enim inesse conuentionem stipulationi videri, si in eadem causa maneat. *d. l. cùm quis.* Papinianus autem contrà, in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. vsumfructum eod. titul.* disertè scribit, Si vsumfructum mihi aut Titio dari stipulatus sim Titio capite diminuto; non idcirco intercidere soluendi Titio facultatem, non illa tantùm ratione, quæ fortassis Papiniano sufficere potuisset, quod ea Titio soluendi facultas ab initio constiterit ex lege sic dicta stipulationi, sed hac potissimum *quia*, inquit, *& sic stipulari possumus mihi, aut Titio cum capite minutus erit dari.* Sensus est, capitis diminutionem quæ contingit ex postfacto in persona Titij facere

non posse, vt quam primùm habuit promissor Titio soluendi facultatem intercidere dicendum sit, quia licet Titius in eodem statu eadémque causa non manserit, mutatio tamen quæ superuenit talis non est quæ impedire debeat ne Titio fieri solutio possit, quandoquidem & ab initio poterat solutionis causa Titius adiici stipulationi in eum ipsum casum qui euenit, si capite minueretur, itaque longè maior ratio in hac specie pro Papiniano facit contra Africanum, quàm in illa priore in qua dissentiit à Paulo. Ibi enim, id est cùm viuo testatore superuenit dies, vel impleta est condicio debiti quod ante diem vel condicionem fuerat legatum, peruenit res ad eam causam à qua incipere non potuit, quod cùm accidit solet actus intercidere etiam qui ab initio constitit. Ex ea iuris regula quam plerique ex prudentibus probauerunt, *l. pro parte* 11. *D. de seruit. l. quia in eum casum* 16. *D. ad leg. Aquilianam. l. existimo* 98. *in princip. D. de verb. obligat.* licèt nec Paulus ipse qui ex eorum numero fuit, neget vitiari eam plerunque, & suas pati exceptiones in *l. in ambiguis* 85. *§. non est nouum de regul. iur.* At in specie quam Africanus tractat, hoc amplius est pro Papiniano, quod per superuenientem in Titij persona capitis diminutionem non idcirco peruenit res ad eum casum à quo incipere non potuerit. Nam siue iam ipso stipulationis tempore capite diminutus fuisset, perinde tamen in stipulatione solutionis gratia adiici potuisset, siue nondum ea diminutio tunc contigisset, nihil tamen prohibebat, in eum casum, in idque tempus conferri facultatem Titio soluendi, quo esset ille capite diminutus. Nec video qua ratione defendi possit quod ineundæ conciliationis gratia quidam volunt, intelligendum esse Papinianum de ea capitis diminutione quæ iam contigerit tempore interpositæ stipulationis. Repugnant enim verba illa *Titio capite diminuto, facultas soluendi Titio non intercidit*, quæ apertè præseferunt Titium ab initio & ipso stipulationis tempore capite diminutum non fuisse. Alioqui non de illo quærendum fuisset, An facultas soluendi Titio intercidisset, sed de hoc potius, An vnquam constitisset. Intercidere siquidem dicitur, quod ita constitit ab initio, vt postea tamen consistere desierit, *l. intercidit* 59. *D. de condic. & demonstr.* Sed & ridiculus esset Papinianus, qui tantopere laboraret in comprobanda ea re quæ nullam prorsus haberet dubitationem. Quis enim dubitet eum qui iam sit capite minutus in stipulatione adiici posse solutionis causa? Nec alii meo iudicio subtiliores sunt, qui Papiniani sententiam eo duntaxat casu admittunt, quo capitis diminutio statum Titij mutauerit in melius, Africani contrà quo in deterius. Nam sicut vtriusque Iureconsulti sententia generalis est, ita & rationes quibus vterque mouetur, ad omnem capitis diminutionem indistinctè pertinent, nihilque aliud intuetur Papinianus nisi quod certam legem & condicionem ab initio habuerit stipulatio, vt Titio solutionis causa adiecto perinde ac stipulatori ipsi solui posset, *l. vero procuratori.* 12. *vers. alia causa est eod. titul. De solut.* quódque per capitis diminutionem quæcunque tandem illa sit nihil tale accidat propter quod ea lex & condicio certa stipulationis videri debeat immutata. Contrà verò Africanus hac vna ratione mouetur, quod huiusmodi stipulationi tacitè inesse conuentio & condicio ista videatur. Si in eodem statu Titius

Titius manserit, quasi mutato eius statu, nouus & alius homo esse credendus sit, atque ita deficere incipiat voluntas stipulatoris quæ faciebat vt Titio rectè solui posset. Nam & aliàs plerunque euenit vt qui ex conuentione quod vni debebat alteri soluere ex creditoris sui pacto & voluntate potuit, eam soluendi facultatem amittat ex mutatione quæ medio tempore superuenit, vt in eleganti illa specie à Proculo tractata in *l. si cum Cornelius. 82. eod. titul. De solut.* Porrò non minùs mutatur status Titij qui per capitis diminutionem factus sit melioris condicionis, puta ex filiofam. paterfamilias per emancipationem, quàm si factus esset deterioris, puta redactus in seruitutem aut in alienam potestatem. Nulla igitur conciliationis ratio, nisi frustra quæri potest. Idque facilè admittet quisquis cætera quæ sequuntur apud Papinianum in *d. §. vsumfructum*, bene intelliget. Cùm enim sciret ille sententiam Africani, aut si voles etiam Iuliani quam tum improbabat, nec alia nec meliore niti ratione, quàm quòd Titius solutionis gratia in stipulatione adiectus, alius homo esse post capitis diminutionem existimetur, putauit subiungendum ad eam diluendam, quod statim sequitur, non esse nouum vt cum quis causa solutionis adiectus est alij tamen quàm illi ipsi rectè soluatur. Id enim est quod Papinian. ait, *Nam si furiosi vel pupilli persona adiecta sit ita tutori vel curatori pecunia rectè dabitur, sicuti condicionis quoque implendæ causa rectè pecunia tutori vel curatori datur.* Finge stipulatum esse me *Mihi aut pupillo dari?* Dubium equidem non est quin promissor etiam sine tutoris autoritate soluendo pupillo, à me liberetur, quoniam soluit ex mea voluntate *l. si stipulatus fuero. 11. eod. titul.* quod ita proculdubio accipiendum est. Etiamsi postea vetuerim ne solueret pupillo nisi tutore autore, quia certam legem, vt iam dixi, certámque condicionem habuit stipulatio quam immutare non potui, *dict. l. vero procuratori. 12. vers. alia causa eod.* Sed quid si tutori ipsi soluere maluerit? Hoc quoque permittendum ei esse vult Papinianus, quanuis reuera tutoris alia persona sit, alia pupilli. Quidni verò? cùm placeat condicionis quoque implendæ causa rectè pecuniam tutori dari? Quod tamen vt multò difficilius videretur illud faciebat, quod condicionum omnium proprium illud est, vt eas impleri oporteat in forma, vt nostri loquuntur, specifica & eo ipso modo quo testator voluit aut alius quisquis ille sit qui condicionem adscripsit *vulg. l. qui heredi. 44. l. Mænius 55. De condic. & demonstr. l. heredibus. 77. §. 1. D. ad S. C. Trebell.* Non autem implet in forma specifica qui pecuniam quam pupillo dare debuit, dat tutori, aut qui eam quam furioso dare debuit, dat curatori. Nam & alia persona est furiosi, alia curatoris furioso dati. Quare nec illud ex iuris ratione obtinet, sed Labeonis potissimùm & Pegasi autoritate inductum receptúmque fuit, quibus visum est ita vtilitatis causa recipiendũ, vt & Papinianus fatetur. Ergo inquies, si quis pro Africano contra Papinianũ volet contendere, facilè hanc Papiniani ratiocinationem diluet, eodem prorsus modo, quo ipse Africanus in *l. qui negotia. 34. D. mandat.* eam impugnans sententiam quam Vlpianus probat in *l. singularia. 15. De reb. credit.* diluit potissimam Vlpiani rationẽ ex eo quòd quę benignè & vtilitatis causa recepta sunt non sint producẽda ad cõsequẽtias. Sed ego pro Papiniano replicabo, posse nõ malè

argumentum sumi ex eo quoque quod vtilitatis causa receptum est, cùm tale illud est, quod difficilius admitti debuerit quàm id de quo admittendo disputatur, vt euenit in proposito. Fuit enim illud longè difficilius, vt pecunia quæ condicionis implendæ causa vel pupillo vel furioso danda erat, tutori vel curatori dari posset, quàm vt pupillo vel furioso solutionis causa in alterius stipulatione adiecto liceret debitori soluere tutori pupilli aut curatori furiosi. Quid enim est quod hoc casu prohibeat ne debitor liberetur, perinde ac si persona pupilli aut furiosi non solutionis sed obligationis causa in stipulationem deducta proponeretur? Nam si quis dicat inter hos casus differentiam magnam esse, propterea quòd vno tantùm non etiam alio casu liberetur promissor qui pupillo soluit sine tutoris autoritate *d.l. si stipu l. tus* 11. iunct. *l. pupillo* 15. *eod. tit. De solut.* in promptu est respondere, differétiam illam respicere fauorem solius debitoris, vt si soluat pupillo qui solutionis tantùm causa fuerat adiectus, liberetur, quamuis non adhibuerit tutorem, quia vt iam dictum est, soluit ex voluntate creditoris, qui debet sibi imputare cur non eam stipulationi legem ab initio dixerit, vt non nisi vel tutori ipsi, vel pupillo cum autoritate tutoris solueretur. At non similiter possis imputare debitori qui soluit tutori pupilli solutionis gratia adiecti, cur non potius ipsi pupillo soli soluerit, cùm soluendo tutori plus etiam fecerit, in eo nimirum quod curauit vt pecunia quæ soluebatur tutiore loco esset, cùm tamen id curare nullomodo cogeretur, non magis quàm creditoris sui rē agere in eo negotio in quo nihil prorsus sua interesset. Neque verò potest dicere creditor ita suam offendi voluntatem, quia tametsi eā stipulationi legem dixerit vt pupillo solui oporteret, solius pupilli non etiam tutoris persona demonstrata: qua tamen fronte possit obiicere non debuisse solui tutori quod potuit solui pupillo? Diuersa causa est eius quod pupillo debetur. Nō enim aliter solui pupillo bene & vtiliter potest, quàm si vel interueniat autoritas tutoris vel nummi salui sint *d. l. pupillo*: quia præter iuris rationem nihil hìc est quod faciat pro debitore soluente: iuris autem ratio non modò non patitur, sed etiam prohibet atque impedit expressim, ne quod pupillo debetur, possit ei solui sine autoritate tutoris. Quod tamen Labeo & Pegasus vtilitatis causa admittendum esse putauerunt, vt quæ implendæ condicionis gratia pupillo vel furioso solui debuerunt, ea tutori vel curatori solui possint, subiungit Papinianus ita recipi posse, si pecunia in rem pupilli vel furiosi versa sit, quomodo, inquit, si domino quis dare iussus seruo dedisset vt domino daret. Hoc verò cuiusmodi sit, non facile intelligo. Illa namque distinctio, An pecunia pupillo debita & soluta in rem pupilli versa sit néne, tunc adhiberi solet, cùm ipsi pupillo sine tutoris autoritate solutum fuit, non etiam cum vel tutoris autoritas interuenit, vel tutori ipsi solutio facta est, *d. leg. pupillo*, & §. *at ex contrario Institut. quibus alien. licet vel non.* Siquidem fieri nequit vt in rem pupilli versa non sit pecunia, quæ soluta est tutori, cùm in rationem tutelæ conuertatur, ex eaque causa tutor pupillo saluam eam facere teneatur. Alioquin perinde dicendum esset, liberari non posse debitorem pupillarē, qui tutori præsertim inopi fortasse minúsq. idoneo soluisset, si nō prætereà in rē pupilli ea pecunia versa probaretur, quod vtiq. falsū est *l. Lucius* 46. §. *tutela D. de admi. & per. tut. l.* 4. §. *illa etiā quæstio*

D. de

D.de doli except. Et certè cùm huic distinctioni, an pecunia in rem pupilli versa sit necne, locus nullus relinquatur, ne tunc quidem cùm pupillus ipse solus & sine tutore solutionem accepit, quia implementum condicionis in facto tantùm non etiam in iure consistit, *d.l. qui heredi*, parúmque referat, an condicionis implendæ causa iussus aliquis sit pecuniam pupillo vel furioso dare, aut eam in mare proiicere, *dict.l. Meuius 55.eod tit. De códic. & demõstr.* quanto minùs adhiberi debet hæc distinctio cùm solutio fuit facta tutori ipsi vel curatori? Nam & si propiùs intueare non alia de causa putauerunt Labeo & Pegasus admittendum esse vtilitatis gratia vt in persona quoque tutoris vel curatoris impleri posset condicio dandi pupillo vel furioso, quàm quòd ea ratione magis ac melius consultum esset pupillo & furioso, quos alioquin credibile erat pecuniam illam quam sine tutore vel curatore accepissent malè cõsumpturos esse nec in suam vtilitatẽ versuros. Aliter namque interpretantibus, quænam obsecro vtilitatis ratio fingi potest quæ contra rationem iuris, sententiam huiusmodi à Labeone ac Pegaso extorserit? Nulla prorsus. Neq. verò fieri potest vt implementum condicionis quod totum, vt diximus, in facto consistit, pendeat ex futuro euentu & post factũ quoq. id est post dationem ipsam remaneat in suspenso quousq. certum esse cœperit pecuniam in rem pupilli versam esse vel non esse. Vt enim vertatur in rẽ pupilli vel non vertatur, ex postfacto æstimari scirique necesse est, non autem ex ipso instanti dationis, quo tamen instanti certum esse oportet an condicio impleatur necne. Nam condicio quæ in dando consistit, vel tunc impletur cùm pecunia datur, vel nunquam, quia nec nisi per dationem impleri potest, nec nisi vna datio est. Porrò vbi semel impleta condicio fuit, sicuti condicio esse desinit, ita deficere postea nunquam potest, siue pecunia in rem pupilli aut furiosi vertatur, siue malè cõsumatur. ideóq. ab initio prouidendũ esset vt nõnisi hoc vel illo modo impleri condicio posset, non autem impleta iam condicione disputandum, an ob ea quæ secuta essent implementum condicionis resolui oporteret: Quomodo factum esse à Triboniano in *l. seruus decem 68. D. hoc tit. De solut.* docebimus cap. sequenti. Cùm igitur admissum sit & quidem vtilitatis causa, vt tutori vel curatori solui possit pecunia quæ ex condicionis implendæ verbis pupillo ipsi vel furioso solui debuerat, ridiculum est post impletã condicionem quærere An non fuerit impleta ob id quod eam pecuniam in rem pupilli vel furiosi versam non fuisse appareat. Sed & quàm ridicula & inepta sit hec distinctio, colligi ex eo potest quod post admissam vtilitatis causa sentẽtiam Labeonis & Pegasi quæ induxit vt in tutoris quoque vel curatoris persona impleri condicio possit, illud etiam admissum fuit, vt si oblata sit pecunia tutori & per eum steterit ne fuerit soluta, quia solutionem sine causa recusauerit, perinde liberetur is qui condicionis implendæ causa pupillo soluere debuit, quasi impleta hoc ipso condicione, dummodò nihil per fraudem factum probetur, vt Africanus scribit in *l. qui filiũ 22. D. de manum. testam.* Inde namque apparet, per huiusmodi solutionem tutori factã impleri condicionem non expectato eo an futurũ sit vt pecunia in rem pupilli vertatur necne, quoniam contumacia tutoris per quem stat quominùs fiat solutio, non aliud potest inducere quàm vt solutio pro facta habeatur, at non etiam vt eò magis pecunia in rem pupilli versa esse intelligatur. Alioqui plus posset fictio in casu ficto, quàm veritas in casu ve-

ro, quandoquidem solutione ipsa verè facta non tamen consequens esset versam in rem pupilli pecuniam, si non aliunde quàm ex solutione idipsum probaretur. Immo verò cùm pecunia quæ debuit pupillo solui habetur pro soluta propter moram quam tutor in accipienda solutione contraxerit, fieri nullo modo nullóque casu potest, vt in rem pupilli versa sit quæ reuera nunquam fuit soluta. Solutionem enim factam esse necesse est, priusquam de in rem verso tractari quicquam possit. Sufficit ergo solutionem tutori factam esse, adeóque haberi pro facta, etiamsi non sit versa pecunia in rem pupilli. Estque id consentaneum exemplo quod adfert Papinianus in versic. *quomodo si domino iussus dare, seruo dedisset vt domino daret.* Nemo enim vnquam dixit condicionem dandi domino, si datum sit seruo, magis minúsve ob id impletam intelligi, quod pecuniam seruus verterit vel non verterit in domini sui vtilitatem: sed ea duntaxat adhibenda distinctio est, quam non obscurè Papinianus insinuat, An qui domino dare debuit seruo simpliciter dederit, An verò ea non solùm mente sed etiam lege vt seruus domino daret. Priore casu non potest dici condicio impleta *dict. l. qui heredi. §. contrà qui domino.* Posteriore verò, pro impleta est dummodò seruus postea domino dederit, quia parum refert an tibi dederim, an seruo tuo vt tibi daret, si deinde is tibi dederit, licèt reuera sit alia persona tua, alia serui tui. Quid enim vetat seruum in accipienda pecunia ministerium præbere domino suo etiam ignoranti? Fateor quod Paulus scribit in *dict. §. contrà qui domino*, talem condicionem nesciente domino impleri non posse, quia tandem eò deueniendum est vt ipsi domino detur, sed hoc contendo nihil interesse an dominus per se acceperit an per seruum, non eo tantùm casu quo commiserit seruo vt acciperet, quemadmodum in specie *dict. §. contrà*, Sed illo etiam quo seruus acceperit domino nesciente si tamen postea scire cœperit, & solutionem ratam habuerit, eandem à seruo suo postmodum accipiendo. Si enim seruus acceptam à se pecuniam ea lege vt domino daret, mala fide sibi eam retineret, aut quia proprium nihil habere potest, eam perderet, non illa solùm ratio impediret ne condicio impleta dici posset, quòd impleri nequeat domino nesciente, sed illa quoque quòd nec videretur is qui condicionem implere debuisset, pecuniam eo casu seruo dedisse, quam scilicet non dedisset nisi ea lege ac mente vt domino eam seruus daret, sicut è contrario non sufficeret pecuniam quæ implendæ condicionis causa domino dari debuerat, seruo simpliciter, id est nulla lege adiecta datam, postea, domino per seruum redditam fuisse. Sed illud præterea exigimus datam fuisse seruo hac lege vt domino redderetur, quia non aliter impleta videri potest condicio vlla, quàm si voluntati eius qui condicionem impleri iussit, voluntas quoque & factum implentis respondeat, Quomodo respondet sanè hoc casu cùm is qui iussus erat domino dare, dedit seruo vt is domino daret. Exemplo eius quod dicere solemus absenti donatam rem ad eúmque missam per proprium ipsius seruum, non priùs tamen ei acquiri ex causa donationis quàm acceperit *l. absenti.* 10. *D. de donat.* Nisi quod in illa specie subiicienda est exceptio quam Paulus non prætermisit in *dict. l. absenti, nisi ea mente seruo eius data fuerit, vt statim eius fiat*, quæ non similiter ad propositam quæstionem accommodari potest, ideo

ideo quia quæ per donationem fit acquisitio tota ex iure pendet, ex quo dominij quoque omnis translatio est, condicionis verò implementum facti totum est non iuris: vnde est quod quamuis & inuitis & ignorantibus domi nis ex omni pene causa per seruos acquiratur *l. etiam inuitis 32. D. de acquir. rer. domin. l. seruus vetante 62. de verbor. obligat.* nemo tamen dando seruo quod domino dare debuit, implere potest condicionem domino ipso, siue nolente, siue nesciente *d. l. qui heredi.* Atque ita locus ille Pauli in *d. l. qui heredi*, versic. *contrà qui domino*, ex isto Papiniani supplendus & interpretandus est vt condicionem impleuisse videri debeat, qui quod domino dare oportuit, seruo dederit ea lege vt domino daret, si ea dationis lex fuerit effectum sortita. Dices fortasse, secundum hanc adiectionem fieri, vt non aliter igitur dici possit condicio impleta per dationem in seruum collatam, quàm si pecunia versa sit in rem domini, cùm eam ad dominum tandem peruenire sit necesse. Verùm iam monuimus, non ex eo æstimari condicionis huius implementum quòd pecunia seruo data peruenerit ad dominum, non magis quàm si serui facto, & diligentia in rem ignorantis domini versa esset, at ex eo solo quòd ipsi domino dedisse credendus sit qui seruo non simpliciter dedit, sed ea lege vt subinde seruus domino daret. Proinde aptissimè Papinianus noster, vt semper solet, exemplum hoc addidit ad probandum non esse nouum vt solutio quæ reuera vni facta est, alii facta existimetur, & consequenter tantùm prosit soluenti quantùm si ei ipsi facta esset cui pecunia debebatur. Sed multò aptius additum fuisse apparebit, si postremus hic casus de pecunia seruo data per eum, qui domino dare debuit, cum priore illo conferatur, quo tutori solutum sit, quod pupillo condicionis implendæ causa solui oportuit. Vtroque enim casu euenit, vt alii quidem soluatur quàm cui debebatur, at ei tamen qui ex dationis & acceptionis lege omnino necesse habeat id quod accepit illi reddere cui debuerat dari. Hac tantùm differentia, quod cùm seruo soluitur, necessarium est eam legem imponi seruo, vt pecuniam domino suo reddat, quò pecunia quandocunque reddita, iam inde ab initio impleta condicio videatur. Cùm autem soluitur tutori, non nisi frustrà & ineptè lex illa adiici potest vt ea pecunia pupillo daretur, siquidem quisquis tutorio nomine pecuniam accipit debitam pupillo, se obligat hoc ipso vt eam pecuniam pupillo restituere tutelæ actione teneatur. Apparet igitur, vt concludamus quæ in hanc rem prolixiùs disputauimus, Papiniano tribui non posse versiculum illum, *Idque ita recipi potest si pecunia in rem vel pupilli, vel furiosi versa est*, quo sublato, longè aptiorem & conuenientiorem sententiam habet quod sequitur, *Quomodo si domino iussus dare seruo dedisset, vt domino daret.* Est enim aliud exemplum condicionis quæ commodè impleri possit in persona alterius quàm eius qui condicionis implendæ verbis contineatur. Prius exemplum fuit de tutore vel curatore cui data sit pecunia quæ pupillo vel furioso dari iussa erat, quod & Papinianus iis verbis expressit, *Sicut condicionis quoque implendæ causa rectè pecunia tutori vel curatori datur.* Lego enim *sicut*, non vt vulgò *si*, quomodo legendum esse ostendunt illa præcedentia, *Nam si furiosi vel pupilli persona adiecta sit, ita tutori vel curatori*

pecunia rectè dabitur. Consequens enim est vt statim sequatur *sicut* non *si*. Alioquin quid commune aut connexum habet pecunia quæ soluitur tutori pupilli vel curatori furiosi adiecti solutionis causa, cùm pecunia quæ condicionis implendæ causa, pupillo vel furioso debeatur? Quod si nihil inter ista commune est, quænam obsecro erit Papiniani ratiocinatio, si sic eum scripsisse velimus, vt cùm pupilli vel furiosi persona sit adiecta, ita demum tutori vel curatori pecunia rectè detur, si condicionis quoque implendæ causa rectè pecunia tutori aut curatori detur? Quare nec scripsit Papinianus *detur* vt scribere debuisset præcedente coniunctione *si*, sed *datur* in tempore præsenti, indicatiui quod exigebat coniunctio illa *sicut*. cui neque dissimilis ea est qua idem Papinianus vtitur vt secundum exemplum cum primo connectat, *quomodo* quæ sola dictio idem prorsus sonat quod duæ illæ *ita*, *sicut*. Cui ergo versiculum illum adscribemus quem Papiniani esse negamus? Parum certè nostra refert cuius sit, dummodò sciamus Papiniani non esse. Sed tamen in id procliuior sum vt non tam imperito audacique interpreti debeat tribui, quàm Triboniano, qui prudentibus omnibus, ne excepto quidem Papiniano, sibi prudentior esse visus est. Mouet me quod ab eodem Triboniano factum video in *dict.l.seruus decem* 68. *eod.tit. de solut.* de cuius sententia & emendatione proximo capite dicemus. Sed illud magis, quod in hoc ipso §. *vsumfructum*, cætera omnia quæ sequuntur, & de quibus nihildum diximus, eiusmodi sunt vt non possim credere à Papiniano scripta vnquam fuisse. Adeo scilicet distant & remota sunt à proposita huius §. quæstione, quæ non erat de condicionis implendæ causa datis cui solui debeant, sed tantùm de adiecto solutionis causa, An solutionis accipiendæ facultatem amitteret si ex postfacto capitis diminutionem passus esset: cum qua quæstione ne illud quidem commune quicquam haberet, quod Papinianus tractat de pecunia soluenda implendæ condicionis causa siue in persona pupilli vel furiosi, siue in persona tutoris vel curatoris, nisi ad probandum quòd adiecto solutionis gratia solui potest etiam post capitis diminutionem, interiecisset rationem illam quod si furiosi vel pupilli persona adiecta sit, tutori quoque & curatori rectè soluitur. Nam & ratio illa probanda fuit, ne videretur Papinianus ignotum per ignotius probasse. Probat autem ex eo, quòd implendæ quoque condicionis causa rectè soluitur tutori vel curatori pecunia quæ debuit solui pupillo vel furioso: in qua ratiocinatione dictio *quoque* habet emphasim, vt intelligamus multò difficilius hoc esse vt implendæ condicionis gratia bene soluatur tutori vel curatori, quam quod probandum habet Papinianus, persona pupilli vel furiosi adiecta solutionis causa tutori vel curatori solui posse. Et tamen ne quis huius quoque posterioris sententiæ veritatem vel negare auderet, vel in dubium reuocare, adfirmat Papinianus admissam esse illam sententiam Labeonis & Pegasi autoritate, vtq; admitti debuisse magis appareat, subiicit exemplum non dissimile, in quo perinde fiat, vt etiam quæ condicionis implendæ causa vni debuit solui pecunia, non malè alteri soluatur, nempe si domino iussus dare seruo dederit ea lege vt domino daret: atque ita ab vltimo ad primum redeundo probat optimè Papinianus, Adiecto quoque licèt post stipulationem capite diminuto rectè solui posse, nec in contrariam opinionem ex eo solo moueri quẽ debere, quod quisquis capite minutus est hoc ipso alius homo fieri videatur.

deatur. Sed quæ sequuntur, *cæterùm qui seruo dare iussus est domino dando non aliter impleuisse condicionem intelligendus est, quàm si ex voluntate serui dedit. Idem respondendum est in solutione si stipulato Sempronio sibi aut Sticho Mæuy seruo decem dari, debitor Mæuio domino pecuniam soluerit.* Hæc inquam omnia non solùm nihil commune habent cum proposita quæstione, quæ de illo erat, An ei qui solutionis causa adiectus fuerat, si posteà capite minutus esset nihilominus solui posset, verùm etiam quod magis est, suadere potiùs videntur vt à Papiniani sententia sit recedendum, tantum abest vt debuerint adüci ad eam confirmandam. Posset enim quis hac ipsa adiectione moueri ad inferendum solutionem quæ vni fieri debuit, alteri fieri non posse, & consequenter solutionis accipiendæ facultatem quę in persona adiecti ab initio constiterit, necessariò intercidere per aduenientem capitis diminutionem, vtpote per quam adiectus hic alius nouúsque homo factus esse videatur. At, inquies, nónne verum illud est, cum qui seruo dare iussus sit domino dando non aliter condicionem impleuisse intelligendum, quàm si dederit ex serui voluntate? Vtique enim sic apertè Paulus scribit in *d. l. qui heredi*, subiecta etiam ratione quòd ea quæ facti sunt non transeant ad dominum. Quid ergo respondebimus pro Papiniano? Fecit enim Triboniani audacia vt tantus vir me velit assertorem, dum alius melior expectatur. Ego verò respondeo, vt Papiniani ratiocinatio & collectio recta sit, non esse necessarium probari ea quæ implendæ condicionis causa vni soluenda sunt, alteri semper solui posse, quod falsum est. Neque rursus è contrario ad improbandam Papiniani sententiam, satis esse si probetur multos esse casus, in quibus impleri condicio nequeat, nisi in persona eius ipsius quem verba condicionis demonstrant, quod nec Papinianus certè negaret, sed sufficere Papiniano ad victoriam si probet non esse nouum, vt ea quoque pecunia quæ implendæ condicionis causa vni solui debuit, alij soluatur, quod euenit, inquit ille, cùm iussus domino pecuniam dare, seruo dedit vt domino daret. Inde námque fit vt dubitari iam non oporteat, quin optima ratione moti Labeo & Pegasus induxerint vtilitatis causa, vt quod pupillo vel furioso cõdicionis implẽdę gratia solui debuit, rectè soluatur tutori vel curatori. Quo tamen admisso illud multò faciliùs admittendum sit, vt si furiosi vel pupilli persona non nisi solutionis causa in obligatione aliena fuerit adiecta, perinde tutori vel curatori bene soluatur, cùm hoc casu non vt in illo pecunia alteri quàm ipsi pupillo vel furioso debeatur. Difficilius autem fit vt quod pupillo debetur, alij soluatur quàm quod pupillo non debetur. Porrò hoc etiam admisso vt cùm pupillus vel furiosus solutionis tantùm causa adiectus est, etiam tutori vel curatori solui possit, quamuis reuera tutor pupilli alius sit à pupillo, & curator furiosi alius à furioso, illud certè extra omnem dubitationem manet, quod initiò probandum suscepit Papinianus. Ei quoque qui post stipulationem, in qua solutionis causa adiectus erat, capite minutus fuit, perinde solui posse, cùm reuera idem homo sit, eadémque ipsius fides quam ab initio stipulator exploratam habuit, tametsi capitis diminutio faciat vt per iuris fictionem alius homo esse intelligatur. Quid ergo fuit quod Tribonianum mouere potuit vt ista subiungeret, de non implenda in persona domini condicione, quæ in serui persona impleri debuit, nisi ex serui voluntate id fiat? Nimirum, quia veritus ille est, ne quis ex eo quod Papinianus dixerat impletam esse condicionem si domino darę iussus seruo dede-

rit vt domino daret, inferre vellet eodem modo impletam debere intelligi condicionem si seruo dare iussus domino dederit. Nec animaduertit, non ita simpliciter Papinianũ scripsisse, sed locutum de pecunia quę domino dari debuit seruo data, ea lege vt eam seruus domino daret. Hanc verò adiectionẽ nõ similiter adaptari posse ad eum casum quo quis domino dederit quod seruo debuit dare. Quomodo enim posset quis ea lege domino dare vt seruo suo daret? An eo minùs fortasse retineret dominus per seruũ proprium quod ipsi seruo iam dedisse probaretur? Itaque hoc casu quod domino soluitur, nunquam ad seruum peruenire potest, non solùm si nolit dominus contra quem eo nomine nec seruus agere potest, nec ille magis qui pecuniam domino dederat ea lege vt seruo daret, sed neque si dominus fidem seruare velit, eámque pecuniam seruo dare, quia tum quoque cùm dat, sibi retinet. Dices, illo etiam casu quo pecunia seruo detur, quæ ipsi dari debuit, perinde acquiri eam domino per seruum, atque ita nihil effectu interesse an domino detur, an seruo. Sed facilis responsio est, acquiri quidem pecuniam domino per seruum cui implendæ cõdicionis gratia data fuit, sed prius esse vt condicio rectè impleta sit, quàm vt per implementum condicionis aliquid domino per seruum acquiratur. Id verò nõ contingere si pecunia quæ seruo dari debuit, domino detur, nisi ex voluntate serui detur, quoniã vt sæpiùs iam diximus, implementum condicionis facti est non iuris, & in facto implendo is ipse ordo seruandus est, quem testator præscripsit, quod non eueniret etiam sic data pecunia domino vt eam seruo daret, quia præposterus esset ordo ille, nec minùs à testantis voluntate quàm à iuris ratione alienus, vt pecunia primùm ad dominũ, deinde à domino ad seruũ perueniret, mox ab eodem seruo ad dominũ reditura. Cùm verò pecunia ipsi domino danda fuit etiãsi seruo primùm detur dũmodò ea lege vt domino reddatur, nihil fit neque contra volũtatem, verbáque testatoris, neque cõtra ordinẽ iuris, quandoquidẽ ordinarium illud & facti & iuris mediũ est vt per serui personã domino acquiri & ad dominũ peruenire pecunia possit. Idemq; esset si poneres ita conceptã condicionẽ, vt eius implendæ gratia pecuniã tutori ipsi non pupillo dari oporteret. Non enim posset videri condicionem impleuisse is qui pupillo dedisset quãuis ea lege adiecta vt tutori daret, quia neque facti, neque iuris ordo ille est, vt pecunia peruenire debeat à pupillo ad tutorẽ, sed è contrario à tutore ad pupillũ. Et ideò bene Papinianus tractans de condicione dãdi impleta in persona tutoris, quæ ex verborũ potestate implenda erat in persona pupilli, adfert exemplũ tanquã simile de pecunia quæ domino danda fuit, data seruo vt domino daret, quoniã vtroque casu is rei & voluntatis ordo est, qui esse debet, vt pecunia tandem ad eum perueniat, ad quem peruenire oportet ex verbis ipsis condicionis. Planè quod sequitur in *d. §. vsumfructum. Idem respondendum est in solutione, si stipulato Sempronio sibi aut Sticho Maeuij seruo decẽ dari, debitor Maeuio domino pecuniam soluerit*, multò apertiùs Triboniani manũ, & inscitiã prodit. Quid enim est in hac specie, quod idẽ responderi queat? An fortè idem quod proximè dictũ fuit in eo casu quo pecunia soluta sit domino quæ debuerat implendæ condicionis causa solui seruo? Vt nimirũ nil prosit solutio facta domino si nõ fiat ex serui voluntate? Aliũ certè versiculi huius sensum cõminisci nullũ possis. Atqui nullomodo dici hoc potest. Alia enim longè est cõdicio serui cuius persona posita sit in condicione implenda, longè alia eius

qui

qui solutionis tātùm causa fuerit adiectus. Priore casu voluntas serui exquirenda est, vt quod domino ad implendā condicionem soluitur bene solui credatur, quoniam ita facit voluntas illius, qui condicionem adscripsit, quæ nec aliter nec melius, quàm ex cōdicionis adscriptæ verbis, intelligi potest. Cur enim serui personā nominasset, si nullā nisi domini rationē haberi voluisset? Porrò alius hic nemo est præterquàm seruus, cuius voluntatē intueri aut exigere possimus. At cùm seruus solutionis causa obligationi alienæ adiectus fuit, adest persona stipulatoris cui vtique debetur, non seruo, & cuius proinde non serui voluntas exquirenda est, si non seruo ipsi, vt erat in lege stipulationis, sed serui domino soluere promissor velit, cùm fieri facilè possit, vt serui personam fidémque solutionis gratia elegerit stipulator, qui domini eligere noluisset. Certum autem est cessante stipulatoris voluntate nullum ius habere serui dominum accipiēdæ solutionis, quæ fieri debuit seruo, siquidē solutio facti est, *l. cōsilio. 7. §. vlt. D. de curat. furios.* quæ verò facti sunt, ad dominum transire nunquam possunt, *d. l. qui heredi.* Non igitur verū esse potest quod hic versiculus habet, si stipulato Sempronio sibi aut Sticho Mæuij seruo decem dari debitor Mæuio domino pecuniam soluerit, idem respondendum esse, quod in præcedenti specie responsum est valere solutionē dummodo facta sit ex serui volūtate. Apertéque lapsus hîc est Tribonianus (quis enim interpres tot clausulas adiicere vnquam ausus esset?) mera ignorantia iuris. Illud postremū est quod apud Papinianum obseruari volo, de vsufructu propositam ab eo quæstionē, non quòd in cæteris rebus aliud existimauerit, sed vt haberet quæstio maiorem dubitationem. Est enim hausta ea lex ex libris quæstionum non responsorum. Dubitatio autē ideò maior est in vsufructu, quia nemini dubium est quin vsusfructus intercidat capitis diminutione. Ideò quòd personæ debeatur quæ per capitis diminutionem quamlibet mutata esse intelligitur, *l. 1. & tot. tit. D. quib. mod. vsusfr. amitt.* Sed id tùm demùm verè dicitur cùm capitis diminutio contingit in persona eius cui vsusfructus debetur, non etiam si contingat in persona eius qui in aliena stipulatione adiectus fuit solutionis tantùm gratia non obligationis, quia cùm de obligationis iure quæritur an interciderit nécne, non alia persona inspici vel potest vel debet, quàm eius ipsius ad quem totum ius obligationis solùm pertinet.

Deprauatam esse à Triboniano sententiam l. seruus decem 68. eod. tit. de solut.

CAP. XV.

CONDICIONVM nota diuisio illa est, vt aliæ in dando, aliæ in faciendo consistant. Inter quas cùm differentiæ multę sunt, de quibus nunc dicere nihil attinet, tùm illa præcipuè quod quę in dando consistunt, per alium impleri possunt, & consequenter vltimo etiam vitæ momento, non item quæ in faciendo, *l. vlt. D. de condic. institut.* Sed tamen non eo minùs dicuntur esse facti etiam illa quæ in dando consistunt, vt superiore capite diximus ex *l. qui heredi 44. de condic. & demonstr.* quia dare, tradere, soluere, & alia huiusmodi, sunt facti licèt iuris effectus aliquis ex iis sequatur, puta quod

ad dominij translationem, quæ ex datione aut solutione inducitur, *l. consilio 7. §. vlt. D. de curat. furios. iunct. l. vbi autem 75. §. vlt. de verb. oblig.* Inde nimirum fit, quod infert Iurec. in *d. l. qui heredi*, vt si quis implendæ condicionis causa seruo decem dare iussus sit, seruo ipsi dare compellatur, nec magis impleuisse condicionem dici possit, dando domino si non dederit ex ipsius serui voluntate, quàm si domino dare iussus seruo dedisset nolente domino vel ignorante, quia quæ facti sunt, non transeunt ad dominum. Itaque non quemadmodum huiusmodi condiciones dandi per alium impleri possunt, eius scilicet nomine qui dare debuit (nam eo mortuo ne quidem heredi permissum est defuncti nomine parêre condicioni, *l. à testatore 109. de condic. & demonstr.* sic è conuerso possis dicere impleri posse in persona alterius, quàm eius ipsius quem condicionis verba præ se ferunt, quoniam non sicuti parum aut nihil refert à quo aut ex cuius pecunia detur, ita dici potest nihil interesse cui detur, cùm in eo potissimùm versetur condicionis implementum, vt ei detur cui dari voluit, dixítque is qui condicionem adscripsit, *l. cùm ita 65. de cond. & demonst.* Proinde ex parte illius cui dandum est nihil omnino refert an condicio consistat in dando, an in faciendo. Eadem prorsus ratio facit, vt si condicio collata sit in personam pupilli, dubitandū non sit quin dici debeat bene plenéque impleta condicio, quæ impleta fuerit in persona pupilli, siue condicio dandi fuerit, siue faciendi. Non adhibita ea distinctione, an tutoris autoritas interuenerit, néc ne, quia cùm in condicionibus veritas naturæ factíque non aliqua iuris fictio inspicienda sit, nemo vtique dixerit ob id minùs impletam esse condicionem in persona pupilli quòd impleta sit sine tutoris autoritate, quandoquidem non eò minus pupillus ipse est quod tutorem habeat, immò ob hoc ipsum tutorem habet, quia pupillus est. Et quidem in condicionibus faciendi res non habet dubitationem. Vt putà si seruus post quinquennium liber esse iussus sit sub ea condicione si toto illo quinquennio seruierit pupillo. Quamuis enim ita seruierit, vt non adhibuerit autoritatem tutoris, quia tamen non minùs verum est eum seruiisse, quàm si eam autoritatem adhibuisset, nulla ratio est cur non debeat tāquam verè impleta condicione peruenire ad libertatem. Quid enim prodesset adhiberi in ea re autoritatem tutoris, in qua nullum tutoris arbitrium sit, nullúsque deliberationi locus an condicio implenda sit, néc ne, aut an hoc vel illo modo? Nam etiamsi maximè tutor nollet impleri, aut alio modo impleri eam vellet, quàm qui condicionis verbis expressus esset, vtique voluntatem ipsius aut cunctationem negligi oporteret. Idque non obscurè sentit scribítque Iurec. in *l. seruus decem 68. D. de solut.* vbi in proposita quæstione in condicione dandi, priusquàm ad eam respondeat, fatetur in condicionibus faciendi si comparationem & argumentum ex iis sumere liceat, non esse necesse vt ad eas implendas interueniat autoritas tutoris. Sed tamen in dandi condicionibus aliud iuris esse concludit, nimirum impleri quidem eas rectè in persona tutoris, itémque in persona curatoris, si fortè furioso danda fuerit pecunia, sed non similiter in persona ipsius pupilli aut furiosi, nisi interueniente tutoris autoritate. Quod ait huiusmodi condiciones quæ in dando consistunt in tutoris vel curatoris persona impleri posse, apertè falsum est, si mera veráque iuris ratio inspiciatur. Nam cùm alia reuera sit persona pupilli, alia tutoris, sicut & alia furiosi, alia curatoris, non potest fieri ex iuris ratione, vt condicio quæ implenda fuit in persona

persona pupilli vel furiosi bene impleatur in persona tutoris vel curatoris. Nec quod iudicium pupilli aut furiosi, vel potiùs quod pupillo aut furioso deest, suppleri possit & soleat per iudiciū tutoris, facere potest vt æquè persona pupilli vel furiosi repræsentetur per tutoris vel curatoris personam. Alioquin ea omnia quæ propriam pupilli, aut furiosi personam desiderant, etiam absente pupillo vel furioso per tutorem, curatorémve expediri possent, quod nō ita est. Si enim pupillus heres ab aliquo scriptus proponatur, non potest tutor hereditatem adire nomine pupilli, sed pupillum ipsum adire necesse est, tutore authore, quoniam aditio personale factum adeuntis desiderat, *l. pupillus 9. D. de acquir. hered.* Neque rursum potuit iure vetere curator furiosi delatam furioso hereditatem ipse adire ante Iustiniani constitutionem quæ in eam rem lata est, nouúmque ius fecit, in *l. vlt. C. de curat. furios.* Cur ergo condicione ita concepta, vt non alia quàm pupilli vel furiosi persona demonstrata sit, siue dari aliquid, siue fieri oporteat, dicemus impletam condicionem quæ non nisi in persona tutoris vel curatoris fuerit impleta? Fateor Labeonis & Pegasi autoritate receptum tandem id fuisse vtilitatis causa, quemadmodum Papinianus loquitur in *l. Stichum aut Pamphilum 95. §. vsumfructum de solut.* & nos explicauimus capite superiore. Sed contendo, vel ex eo maximè apparere verum esse quod nos volumus ex iuris ratione idem dici nec posse nec vnquam potuisse. Quid enim fuisset necesse & vtilitatis causam prætexere & Labeonis, Pegasique autoritatem implorare, ad inducendum id quod ipsa iuris ratio per se iam induxisset? Quænam verò vtilitatis causa esse potuit, quæ hanc sententiam à tantis Iureconsultis extorsit inuita iuris ratione, nisi quòd aliter posito iure facilè ac plerumque eueniret vt pecunia quæ condicionis implendæ causa pupillo vel furioso data esset, intercideret, non valente tutore vel curatore satagere, vt in pupilli vel furiosi commodum verteretur, quæ inscio se vel inuito soluta fuisset pupillo vel furioso? Item quòd eo facilius impleri possit cōdicio quo plures personæ sunt in quibus impleri potest. Vtilitas autem pupillorū quę publicam semper coniunctam habet, hoc maximè exigat, vt quàm facilè fieri potest, impleri possit condicio, quæ in eorum fauorem adiecta fuit, ne implendæ ipsius difficultate fiat vt eam implere qui aliquando voluit, postea vel nolit, vel non possit, præsertim si quod plerumque fiebat implemento dies dicta fuerit. Vt putà, si intra centum dies dederit decem pupillo. Finge intra eos centum dies non fuisse repertum pupillum in ea prouincia in qua erat is qui pecuniam dare debebat, fuisse verò tutorem cui facillimè & libentissimè pecuniam daturus hic fuerit, si potuisset. An non vtilitas pupilli elicere hoc ius debuit, vt tutori quoque pecunia dari posset? Constat siquidem condicionem quæ intra certum tempus implenda fuit, post id tempus impleri nullomodo posse ne fauore quidem libertatis, *l. Thais 41. §. intra certa tempora. D. de fideic. libert.* Ergo cùm vtilitatis causa ea demùm recepta esse dici soleant quæ ex vera meráque iuris ratione recipi non potuerunt, fatendum est illam Labeonis & Pegasi sententiam non nisi vtilitatis causa inductam à summi iuris ratione abhorrere, & consequenter in solius pupilli persona tales condiciones, hoc est, quæ in dando etiam consisterent impleri & potuisse & debuisse, adeóque ita vt non esset necessaria tutoris autoritas. Nam si necessaria fuisset, non erat verendum ne pecunia pupillo data, periret non magis quàm si tutori soli data esset, cùm vtroque casu parem

diligentiam præstare tutor debuisset, atque ita nihil causæ fuisset saltem ex hac parte cur ex Labeonis & Pegasi sententia induci vtilitatis gratia oportuisset, vt ipsi quoque tutori bene pecunia solueretur. Etsi autē post admissam eam Labeonis & Pegasi sententiā, non malè tutori condicionis quoq; implendæ causa soluitur, nō eò minùs tamen verū remanet ex iuris ratione ipsi quoque pupillo bene solui, vt antea, nulla etiā interueniēte tutoris autoritate. Nō enim ius quod tū ex summa ratione obtinebat, Labeo & Pegasus tollere aut voluerūt aut potuerunt, sed vtilitate pupillorū ita exigente, ampliare condicionis implendę facultatē, vt quæ nō nisi in pupilli persona impleri poterat, siue tutoris autoritas interueniret, siue nō, ea in tutoris quoq; & quidē solius persona impleri præterea posset. Itaque non illud induxerūt, vt qui pupillo pecuniā dare iussus esset, eam pupillo ipsi dare prohiberetur, sed vt eā tutori soli dando nō minùs impleuisse condicionē videretur, quādoquidem id pupillo & commodius & vtilius existimandū esset. Atqui, dicat aliquis, si pupillo ipsi vel furioso soluere liceat non interueniēte tutoris aut curatoris autoritate, facilè pecunia peribit. Non nego, Et idcircò nimirū dixi vtilitatis causa sententiā Labeonis & Pegasi recipi debuisse, vt tātò meliùs personis istis consuleretur. Sed non inde possis inferre, condicionem in ipsius pupilli & furiosi persona impleri non posse. Quid enim interest vtrū tali personę dare iubeatur, an aliquo loco ponere, vel in mare deiicere? Inquit eleganter Iauolenus in *l. Maenius 55. de condic. & demonstr.* Qui locus vt est de hac re elegantissimus, ita & accommodatissimus ad eā rationem refellendam, quę posita est tanquam ex Marcello in *d. l. seruus decem*, in illis verbis, *ipsis autem id est furioso vel pupillo non rectè persolui, ne datio ex illorū imbecillitate pereat.* Quamuis enim poneres periisse pecuniam quę pupillo vel furioso data fuisset, an non tamen perinde verum esset datam fuisse? atque ita impletam esse facto ipso condicionem? Quod vtique sufficere constat etiam ex eo, quòd si ea condicio esset adscripta, quæ matrimonium pręsupponeret, quod in furiosi persona esse nequit, ęquè tamen furiosus matrimonium de facto tantùm, vt aiunt, contrahendo, condicionem impleuisse dicendus esset, vt bene Scęuola respondit, & ad Scęuolam Claudius notauit in *l. haeredibus 77. §. 1. ad SC. Trebell.* Cur ergo ad condicionis implementū illud requiramus, ne pupillo vel furioso data pecunia perierit? Quid enim si non perierit? An non fortè potest non perire? An interim manebit in suspenso veritas implementi, quousque certum esse incipiat, pecuniam illam vel periisse, vel perire amplius nunquam posse? Quis verò vnquā hoc dixit, vel audiit, ea quæ meri facti sint non iuris, etiam post factum in suspēso manere? Siquidem ex solius iuris potestate est, vt maneāt interdum pleraque in suspenso, sed ea demùm, quę iuris mixturā aliquam habent, non etiā illa quę nihil nisi merum factum continent, quod vnico simplicique & momentaneo actu, & implendum fuerit & impletum: cuiusmodi constat esse condiciones dādi, *l. vlt. D. de condic. instit.* Qua etiam ratione iam probauimus superiore capite, post admissam vtilitatis causa Labeonis & Pegasi sententiam quę induxit vt tutori pupilli & curatori furiosi, condicionis quoque implēdę gratia dari pecunia posset, non esse quęrendū, an ea pecunia tutori vel curatori soluta, in rem furiosi versa sit, nécne, sed siue versa sit, siue non sit, cōdicionē plenè semel impletā deficere postea nunquā posse. Quod & apertissimè probatur ex *d. l. seruus*, nō in eo solùm quòd lex generaliter & indistinctè ait,

ctè ait, tutori vel curatori vtiliter dependi, sed in illa etiã ratione addita ad probandũ, cur neque furioso neque pupillo rectè soluatur, *ne datio ex illorũ imbecillitate pereat.* Innuũt nãque verba illa, & probãt optimè nõ posse fieri vt pecunia quę tutori ipsi vel curatori soluta est, hoc ipso in rem pupilli vel furiosi versa non sit, cùm in reddendis rationibus saluam eã versamq; præstare debeat tutor vel curator, qui accepit. Quod autem sequitur apud Marcellum in *d.l.seruus*, melioris & primæ rationis loco, *nec enim hoc egit testator vt quoquomodo esset datum, expleta videretur condicio*, sicuti falsum est, ita & manifestè conuincitur, ex contraria Iauoleni ratiocinatione longè subtiliore verioréque in *dicta lege Maeuius*, postremis iis verbis, *neque enim illud quod ad talem personam peruenturum est testamenti nomine, sed mortis causa capitur.* Quærendũ enim esset an testatoris ea voluntas fuisset, nécne, si quod à pupillo implendę condicionis causa capitur, ex testatoris iudicio & voluntate caperetur. Sed cùm non ita sit, immò verò sint ista prorsus non modò diuersa, sed etiam contraria, Capi quid mortis causa, vel quod idem est condicionis implendæ gratia, & capi ex iudicio & voluntate testatoris, quia condicio nihil vnquam disponit, *l.si quis sub condicione* 8. *D.si quis omiss.caus.testam.l.qui precio* 8. *l.inter mortis* 38. *D.de mort.caus.donat.* Omnino consequens est, vt de voluntate testatoris quærere non tantùm superuacuum sit, sed etiam ineptum, quoties de illo duntaxat quæritur, An condicio quæ meri facti est, mero facto sit impleta. Nam etsi testator qui seruo libertatem dedit sub ea condicione, *si decem pupillo daret*, ea mente fuisset, vt non quoquomodo pupillo dando impleri condicio posset, sed ita demùm si in vtilitatẽ pupilli ea pecunia versa esset, debuerat condicionem ita concipere, non vt simpliciter dationem in pupilli persona faciendam exprimeret, sed vt aliquid etiam adderet de interponenda tutoris autoritate, vel de pecunia in pupilli vtilitatem conuertenda. Quo non addito quid aliud obsecro facere possit is, qui pecuniam pupillo dare claris præcisisque verbis iussus est, nisi vt condicionis verba naturaliter intuitus, iis quoque naturaliter & reuera satisfaciat? & ita pecuniam ipsi pupillo soluat, si id malit, quàm soluere tutori? Nam & tritum est verba condicionum naturaliter non ciuiliter accipienda esse. Alioquin si ad hoc eum obligare volumus, vt non possit soluere pupillo, nisi ex autoritate tutoris, aut nisi curet etiam verti pecuniam in rem pupilli, vtique condicionis implendæ facultatem maximè restringemus, quam tamen diximus ipsius quoque pupillorum vtilitatis causa debuisse ampliari, ob ídque à Labeone & Pegaso ampliatam fuisse. Igitur vt aperiam tandem & dicam liberè quod sentio, vix puto dubitandum, quin Marcelli sententia quæ haud dubiè à iuris tam aperti ratione tantopere remota esse non potuit, à Triboniano corrupta sit, eique vni adscribenda omnia quæ scripta legimus in *d.l.seruus*, ab illis verbis, *& sciendum est in omnibus istis casibus*, ad finem vsque. Nam & familiares sunt Triboniano eiusmodi locutiones, vt videre est in *l.vlt.C.de natural.liber.* & aliis plerisque Codicis constitutionibus.) & parum elegantes, illa præsertim quæ habet, *tutori quidem vel curatori vtiliter dependi.* Vix enim alio Pandectarum loco *dependi* reperias pro *solui.* Item illa, *ne datio ex eorum imbecillitate pereat.* Vbi valdè impropriè *datio* scriptum est pro *pecunia data.* Ipsa enim datio cùm sit facti, vt tam sæpe diximus, non magis

perire potest quàm factum haberi pro infecto: Nihílque vetat salua veráque manente datione, pecuniam tamen ipsam quæ data fuerit perire pupillo vel furioso, qui fortè postmodum eam bene solutam malè consumpserit. Quæ res facere non potest, vt quod ritè ac secundùm leges ab initio actum est ex alio euentu ressuscitetur, quemadmodum in pupillo quoque Iustinianus scribit in *l. sancimus 25. C. de administr. tutor.*

Emendatur l. si alterius 10. *D. de hered. instit.*

CAPVT XVI.

SI alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, perinde habebitur, inquit Paulus, quasi non adiectis partibus heredes scripti essent. Exemplum esse potest, si quis testamento ita scripserit, *Titius ex besse fundi Corneliani eiúsque Semproniani heres esto, Mæuius ex tertia eorundem fundorum heres esto.* Hîc primùm detrahenda fundorum mentio est, non secus ac fieri solet, cùm aliquis solus ex fundo fuit institutus. Valet námque institutio detracta fundi mentione, *l. 1. §. si ex fundo D. hoc tit. de hered. instit.* Scilicet quia non potest fundus heredem facere, sed sola hereditas, nec si testator ve lit, quia neque in testatoris potestate est vt heredem faciat nisi quatenus eã faciendi heredis potestatem habet à lege, quæ porrò sicut in eam rem induxit nomen & fictionem hereditatis, ita non nisi per hereditatem fieri heredem finit, vt disputauimus & explicauimus iam plerisque Coniecturarũ nostrarum locis. Sed in proposita specie si fundorum mentio duntaxat detraheretur, nec adiectæ partes pro non adiectis præterea haberentur, eueniret vt Titium ex hereditatis besse Mæuium ex triente institutum intelligi oporteret. Essent enim partes illæ quas testator adscripsisset. Neque tamen ita est. Sunt enim isti heredes ex semissibus non aliter quàm si solius fundi Corneliani facta mentione, Titius ex eius fundi besse, Mæuius verò ex eiusdem fundi tertia parte institutus proponeretur, vt in ea specie quam Vlp. ex Celso & Sabino tractat in *l. quoties 9. §. si duo eod. tit.* Ergo non tantùm perinde habendum est acsi testator fundos nõ nominasset, sed etiam perinde acsi nec partes vllas adiecisset. Quo vtique casu Titius & Mæuius sine fundo & sine partibus heredes scripti succederent simul in semisses, & pro æquis portionibus hereditate potirentũr, *d. §. si duo.* Verumenimuerò quãquam hoc rectè ac ex vera iuris ratione dici non dubito, vereor tamen ne non satis accommodata sit hæc species ad Pauli mentem & disputationem. Quid enim refert, an vnius duntaxat fundi mentionem testator fecerit, an duorum, si ponamus eandem formam institutionis in vtroque fundo à testatore obseruatam fuisse? An non hoc casu duo fundi vnius vice fungũtur? Et tamen existimandum est Paulum sine causa quæstionem concipere de institutione quæ facta sit pro diuersis partibus alterius atque alterius fundi, hoc est, diuersorum fundorum. Ita enim scribit, *si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit.* Causa verò ita concipiendæ quæstionis alia esse non potuit, quàm quòd ea species diuersum ius si non admitteret, saltem admittere debere videretur. Ac sanè ita est. Nam in priore specie quam tractauimus, siue ponas Titium ex besse vtriusque Corneliani &

Sempro-

Semproniani fuisse institutum, Mæuium verò ex eorundem fundorum parte tertia, siue quod effectu idem esse diximus tantùm vnius fundi factam esse mentionem, & ex eius besse Titium institutum, Mæuium autem ex tertia ipsius parte vt in *d. §. si duo*, euenit proculdubio vt detracta sola partium mētione remaneant Titius & Mæuius instituti ex fundis Corneliano & Semproniano simpliciter, si vtrunque testator in institutione expressit, vel ex fundo Corneliano duntaxat, si de Semproniano nihil dictum fuit. Quæ res nullam dubitandi causam præbere potest, quin perinde diuidenda sit hereditas inter heredes, acsi nullius fundi mentio facta esset, quoniam detracta partium mentione licèt fundi fundorúmve mentio non detrahatur, nihil tamen aliud quod fieri possit relinquitur, nisi vt tam fundorum omnium qui in hereditate sunt, quàm totius hereditatis diuisio inter heredes ex semissibus fiat. Quid enim superest quod partium diuersitatem inducere queat? Nihil prorsus. At cùm testator non solùm duplicis fundi mentionem habuit in institutione, sed ita etiam vt & diuersas partes heredum fecerit, & vtrunque fundum vnius vice fungi nolle se apertè demonstrauerit, puta sic concepta institutione *Titius ex besse fundi Corneliani heres esto*, *Mæuius ex besse* aut si voles nihil enim refert *ex tertia parte Semproniani heres esto* (quæ species illa est quam à Paulo tractatam puto) etiamsi partium mentionem detraxeris, adeóque Titium & Mæuium ad hereditatem ex semissibus admiseris tanquam sine partibus institutos, illud tamen relinquetur vt in diuidendis rebus hereditariis, acceptóque inter eos familiæ erciscundæ iudicio, Titius fundum Cornelianum totum habere debeat. Mæuius verò totum Sempronianum, quia partium detractio non facit, quin semper Titius in fundo Corneliano, Mæuius in Sempronio institutus reperiatur. Quod cùm sit detrahitur quidem fundorū mentio in distribuenda hereditate in suas quotas, sed non similiter in distribuendis inter heredes rebus hereditariis, siquidem officio arbitri congruit, vt seruet voluntatem defuncti, singulósque fundos iis adiudicet quibus testator dedit, vt præceptionum quodammodo iure retineantur, quemadmodum eleganter tractat Vlpian. in *l. ex facto 45. hoc eod. titul.* Et ita fortasse quis respondendum putaret si hoc Pauli responsum non haberemus. Sed aliud tamen Pauli iudicium est, Nimirum sic habendos heredes istos acsi testator neque partes, neque fundos nominasset, vt proinde non minùs hi fundi Cornelianus, & Sempronianus quàm reliqui omnes hereditarij ex æquis partibus inter Titium & Mæuiū diuidantur. Id enim expeditius esse ait ex Sabini sententia, quam & similiter expeditissimam vocat Vlpianus post Celsum in *d. §. si duo*, Ne scilicet voluntatis quæstio relinquatur quomodo voluerit testator diuidi non modò hereditatem, sed etiam fundos illos quorum in institutione habuit mentionem. Dices, An non æquè expeditum esset dicere, habendos esse Titium & Mæuium pro institutis ex æquis quidem portionibus hereditariis, sed tamē Titiū ex toto fundo Corneliano, Mæuium verò ex toto Semproniano? Minimè. Quia cùm Titius ex besse fundi Corneliani scriptus fuit, hoc ipso demonstratum est à testatore non ea fuisse illum voluntate vt totus fundus Cornelianus ad Titiū perueniret, Idémque dici è contrario potest de fundo Semproniano in persona Mæuij quem ponimus institutum siue ex besse siue ex tertia parte fundi Semproniani. Cur enim totum fundum ei demus, quem testator non insti-

tuit nisi ex eius fundi parte? Cùm ergo partium fundorúmque mentionem detrahi necesse sit, quod ad causam institutionis & hereditatis attinet vt valeat institutio, & pro eo habeatur acsi sine partibus facta esset, & in hereditate non in fundis, Consequens est vt nec in diuidendis fundis istis partium diuersitas vlla induci possit, sed ex æquis partibus cum tota reliqua hereditate diuidi eos oporteat, acsi nullis datis præceptionibus heredes simpliciter, & sine partibus fuissent instituti: Nam si quis vellet eas partes quas testator in institutione adscripsit,haberi quidem pro non adiectis, quod ad causam hereditatis pertineret,non etiam quod ad fundorum diuisionem, vtique secum ipse pugnaret. Nec enim quemadmodum instituto Titio ex toto fundo Corneliano,itémque Mæuio ex toto Semproniano, euenit vt fundorum mentio ex institutione detrahatur, ac nihilominus ab arbitro familiæ erciscundæ ad inducendas conseruandásque præceptiones retineatur, ita similiter fieri potest vt fundorum partes adscriptæ & reiiciantur & retineantur, quamuis respectibus diuersis. Et ratio diuersitatis est, quia fundorũ mentione detracta non eo minùs remanent in hereditate fundi Cornelianus & Sempronianus quorũ alter Titio adiudicari possit, alter Mæuio,singuli singulis in solidũ quãuis sint disparis æstimationis, cùm diuisio hereditatis quæ per legem fit,nihil commune habeat cum diuisione bonorum per arbitrum facienda *dict. l. ex facto*. At è contrario detracta fundorum mentione, quam omnimodo omníque casu detrahi necesse est vt ex institutione fieri heredes possint, qui scripti fuerunt, partium quoque mentionem detrahi consequens sit, quæ nimirum non hereditatis sed fundorum partes fuerint. Vt proinde facta per legem hereditatis diuisione in semisses, nihil superfit quod arbiter in corporibus ipsis hereditariis diuidendis sequi possit aut aliud facere, nisi quod sequendum, & faciendũ haberet si testator neque fundos neque partes nominasset. Quamuis enim remanentibus in hereditate fundis, eorum quoque partes remanere verum sit,non tamen & partes sunt quarum rationem habere arbiter possit salua legis iurisque autoritate si eam fortè diuisionem sequi velit quam testator præscripsit, quia non alias hereditatis partes facere lex solet quàm quas testator ipse fecerit,quoties ille aliquas fecit. Et cõsequẽter factas à testatore partes omnino necesse est aut legis potestate cõfirmari, aut si per legẽ reiiciantur,ab abitro quoq. reiici,ne is alioqui legis autoritatem contemnere,ac lege ipsa prudentior, aut potentior videri velit. Denique cum lex detrahit ex institutione mentionẽ fundorum, non ideo detrahit vt quicquam de voluntate detrahat testatoris, quinimò potiùs vt eam conseruet. Eam siquidem testatoris voluntatem fuisse videt vt haberet heredes, quos porrò per fundum fieri non posse cõstat,sed per hereditatem necessario fieri oportere. Inde igitur fit vt detracta quoq. fundorũ mentione nõ eo minùs conseruãda sit ab arbitro voluntas testatoris, quod ad hoc vt fundus Cornelianus Titio,Sẽpronianus Mæuio adiudicetur,perinde acsi fundorum mẽtionẽ ex institutione lex non detraxisset. Cùm verò partiũ quas testator adscripserat mentio detrahitur à lege,non aliã ob causam id fit quàm vt legi liberũ sit alias planéq. diuersas partes inducere,atq. ita vt quod ad eã rem destruatur volũtas testatoris,in cuius potestate quãuis non fuerit vt ex fundis aut per fundos faceret heredes,fuit tamẽ vt has vel illas partes iis adscriberet,adeò vt ea in re ipsis quoq.legibus legẽ dare potuerit,daturúsq.fuerit

si eas

si eas partes adscripsisset, quas lex confirmare potuisset. Verùm quia non hereditatis, sed fundorum partes constituit, quas non magis admittere lex potest quàm institutionem ex fundis factam, euenire necesse est, vt partium mentio non tantum detrahatur, sed etiam legis potestate omnino extingua tur, ne secum lex implicet contradictionem, si patiatur partes eas remanere, quas testator adscripserit, cùm eas ipsas cogatur sequi, quas tamen sequi nō potest, si fundorum partes fuerunt non hereditatis. Quasi duriùs agendum sit cum testatore in eo quo iuri legem formámque præscribere potuit, cùm eam dare voluit quam non potuit, nisi manifestissimè appareat eam fuisse testatoris voluntatem, vt eædem partes quas in fundis adscripsisset, in hereditate quoque constituerentur. Hæc enim exceptio ponitur in *d. §. si duo*, iis verbis *si modò voluntas patrisfamilias manifestissi nè non refragatur.* Quæ verba vulgò malè interpretes nostri sic intelligunt, vt possit testator expressim prohibere ius adcrescēdi inter heredes. Id enim euidenter falsum est, vt probauimus pluribus Decade 15. De error. pragmatic. Error. 6. & 7. vbi etiam monuimus esse hunc versiculum nobis valde suspectum, vt Triboniano potiùs aut interpreti quàm Vlpiano tribuendus esse videatur. De quo nunc plura non dicemus. Addemus tantùm, quod nondum diximus, siue Vlpiani, siue Triboniani, aut interpretis ea exceptio sit, non tamen eandem adhiberi posse ad casum illum quem nunc ex Paulo tractamus, si alterius atque alterius fundi pro partibus quis heredes instituerit, postremo illo quem diximus modo *Titius ex besse fundi Corneliani heres esto, Mæuius ex besse*, aut si malis *ex triente fundi Semproniani heres esto*, quia diuersitas fundorum, quos vix sit eiusdem penitus & præcisè esse æstimationis, non patitur vt ex comparatione partium in diuersis fundis adscriptarum, portiones hereditariæ constituantur, nec magis à testatore ipso, vel ab arbitro, quàm à lege. Isque sine dubio sensus est eius rationis quam Paulus exprimere voluit, sed quæ perperam & mendosè sic vulgò expressa legitur, *nec enim facile, sed diuersitatem pretium portiones inueniuntur.* Quis enim possit vnquam bene interpretari verba illa *sed diuersitate pretium?* Indéque nimirum iam ferè omnes fatentur quod negare nemo possit corruptum esse locum & emendatione aliqua indigere. Sed quomodo emendandus sit nemo adhuc bene dixit. Sunt qui post Haloandrum pro *pretium* putent legendum *prædiorum*, quæ tamen perinde nullius sensus lectio est. Alij *pretiorum*, alii multò improbabilius *pretium* retinent, sed notata litera *u* accentu circumflexo, quasi scripserit Paulus *pretiûm* pro *pretiorum*, quod nec ferè vllus Poeta faceret. Nec eò magis tamen assequuntur vt recta vlla Paulo sententia constet. Ego non dubito quin pro illis verbis *sed diuersitate pretium*, legendum sit *sub diuersitate partium*, hoc sensu vt portiones scilicet hereditariæ, de illis enim agimus, non facilè sub diuersitate partium alterius atque alterius fundi inueniantur. Nempe quia sicut hereditas in re aliqua singulari consistere non potest, ita neque pars vlla hereditatis *l. quamuis 14. D. si quis omiss. caus. testam. §. si quis vna Instit. de fideic. heredit.* Cur ergo *sub diuersitate partium?* Quoniam cùm partes fundorum æquales & viriles adscriptæ sunt, nihil faciliùs est quàm hereditarias portiones inuenire, siquidē etiāsi nullæ à testatore adscriptæ essent, perinde tamē æquales & viriles à lege constituerentur. Itaque non potest eo casu difficile

esse legi voluntatem subsequi testatoris qui eam diuisionem fundorum fecit, quam lex per se factura erat totius hereditatis. Quod non similiter dici potest in æquis partibus à testatore constitutis fundorum diuersorum, & cõsequenter diuersam & inæqualem æstimationem habentium. Tunc enim sub ea & fundorum & partium diuersitate partes hereditarias siue æquales siue inæquales inueniri prorsus impossibile est, nedum difficile, quamuis ita Paulus locutus sit, *nec enim facilè* modo loquendi satis familiari Iureconsultorum modestiæ, quemadmodum à Papiniano scriptum legimus in *l.1. D. de pignor. difficilius creditori qui non ignorauit vtilis actio dabitur.* Dixit enim *difficilius* pro *nullomodo*, vt è contrario quod subiicitur, *sed facilior erit possidentis retentio* nullum dubitationi locum relinquit, quin creditori ea in specie retentio pignoris omnimodo competat. Si & passim cæteri Iureconsulti, si quid sit quod negare velint vllomodo admittendum, contenti sunt ita scribere, vix esse vt id admitti debeat: quod & ante nos Franciscus Duarenus aliique recentiores interpretes iampridem obseruarunt. Ex eo autem intelligimus verissimum esse quod docuimus dicta Decad.15. Err.5. viciosè nonnullos codices in hac lege scriptum habere *pro æquis partibus.* Non enim quæstioni legis aliter locus esse potest quàm si pro inæqualibus partibus institutio facta proponatur. Et verò paria sunt nullas partes adscriptas esse, & æquales adscriptas esse, quia nec possit meliùs testator æquales constituere, quàm si nullas constituat. E contrario igitur paria erunt illa, *pro partibus*, & *pro inæquis partibus*, cùm pro partibus scripti heredes dicantur ad differentiam eorum qui sine partibus fuerint instituti. Apparet etiam ex superioribus vera esse quæ nos loco supradicto disputauimus contra errorẽ pragmaticorum & interpretum nostrorum, nec est quod de huius loci sententia & emendatione amplius dubitare quisquam possit, quam nos in hoc libro allaturos esse iam tum promiseramus.

De sententia & vera lectione l. penult. D. de collat. dot.

CAP. XVII.

NOSTRORVM interpretum vulgare dictum est post Bart. ad *l.2. §. vltim. D. ad S.C. Tertyll.* Verba condicionalia toties dispositionem inducere quoties ab eo prolata sunt qui disponendi habuit facultatem. Ex *l. fideicommissa 11. §. cum esset de legat.3. l. in ratione 30. §. tametsi D. ad leg. falcid. l. denique 8. §. interdum D. de pecul. legat. l. pen. De collat. dot.* Ego nunquam dubitaui quin propositio falsa esset. Iuris enim certissimi est, neque vnquam apud prudentes ipsos controuersi, verborum condicionaliũ nunquam eam vim esse vt disponant, cùm sint ista prorsus repugnantia Cõdicionaliter loqui, & Dispositiuè loqui. Quam in rem textus est vt vulgatissimus, ita elegantissimus in *l. si quis sub condicione 8. D. si quis omiss. caus. testa. & in l.1. §. item si ita D. ad leg. falcid. l.1. D. de pen. legat.* aliisque similibus sexcentis. Sed de tota ista quæstione scribemus latiùs in secunda parte quam nunc in manibus habemus Chiliadis nostræ De erroribus pragmaticorum, cùm celeberrimam illam, & in praxi frequentissimam disputationem instituemus, An liberi positi in condicione, sint in dispositione. Nunc id agemus duntaxat, vt ostendamus tam improbabilem Bartoli sententiam nõ

probari

probari, ex eo Papiniani responso, quod extat in *l.penult. De collat. dotl.* cuius elegantia sane variáque lectio digna est, de qua separatim fusiúsque disseramus, de aliorum etiam locorum sentētia suo postea tempore dicturi. Scribit Papinianus in *d.l.penult.* Cùm pater nubenti filiæ quasdam res preter dotē dedisset, eámque in familia retinuisset, ac fratribus sub cōdicione Si dotem & cætera quæ nubenti tradiderat conferret, coheredē adscripsisset, deinde filia se paternis bonis abstinuisset, fratribus res in dotem datas vindicantibus exceptionem doli obstaturam, quoniam pater filiam alterutrum habere voluisset. Ex quibus verbis multo rectiùs meo iudicio inferre Bartolus debuit, verba condicionalia non inducere dispositionem. Nam si disponerent dicendum esset cogendam filiam vel inuitam vt ea saltem conferret fratribus, quæ extra causam dotis à patre habuisset. Neque enim dubitandum est, quin sicuti bona illa in dominio patris perpetuò manserunt, quia nec per traditionem à patre factam præsertim sine titulo, filiæ acquiri potuerunt, id scilicet prohibente iure potestatis, *l.Pomponius Philadelphus 35. D. famil. ercisc.* Ita in patris morientis potestate fuerit de bonis illis tanquam suis pro arbitrio disponere in præiudicium filiæ, tametsi futurum esset vt nollet illa se immiscere bonis patris. Sed tamen negat Papinianus cogendam eam conferre si se abstinuerit, quoniam pater alterutrum ipsam habere voluit. Quæ ratio non aliter recta & accommodata videri potest, quàm si sic accipiatur, vt cùm pater filiam alterutrum habere voluerit, in ipsius prætereà potestate & arbitrio reliquerit vtrum habere mallet. Alioquin quid si fratres iidémque coheredes eligere velint, malintq. commodum collationis quàm hereditariæ portionis? Si nihil aliud inspiceremus quàm quod Papinianus sic exprimit *quoniam pater filiam alterutrum habere voluit*, non facerent iniuriam sorori fratres, qui alterutrum ei relinquerent, nec nisi electionem sibi adrogarent. Et tamen faciunt iniuriam manifestam si eam cogere velint vt conferat, vicissímque portionem hereditariam percipiat. An quòd id agant, vt se illa inuita bonis paternis immisceat? Minimè. Parū. n. ipsorū referret si haberēt electionē an vellet ipsa se immiscere necne, cùm etsi abstinere se mallet, nō eo minùs vere dici posset alterutrū illam habuisse hoc ipso quòd in ipsius potestate fuisset alterutrum habere, nec nisi per eam stetisset. Faciunt ergo sorori fratres iniuriam in eo quod illam adigere volunt ad collationem, eíque adimere electionem, quam vel ob id maximè habere debet, quòd conferendi onus adscriptum in condicione duntaxat positum fuit, non etiam in dispositione. Nemo autem vnquam negauit, quin si cui relictū aliquid sit sub condicione dandi vel faciendi, in eius arbitrio esse debeat an condicionem implere velit, nec cogendus sit dare quicquam, vel facere si à relicti commodo abstinere malit. Nam si quod sibi relictum est consequi desideret, cogitur vtique illo casu dare vel facere id quod in condicione testator posuit, at non iure obligationis per testatoris voluntatem constitutæ ex qua potuerit conueniri, sed condicionis implendæ causa, quia scit aut scire debet, condicionem necessariò priùs implendam esse, quàm peti possit id, quod non nisi sub ea condicione datum fuit. Bartolum cæterósque interpretes fefellerunt fortassis verba illa Papiniani si vt in plerisque codicibus sine negatione sic legantur, *fratribus res in dotem datas vindicantibus exceptionem doli placuit obstare.* Quo enim iure res in dotem datas vindicare fratres pos-

sent, si non haberent ius agendi & vindicandi quæsitum ex verbis illis condicionalibus institutioni filiæ insertis *si dotem & cætera quæ nubenti pater dederat ipsa fratribus conferret?* Aut cur esset filiæ necessaria doli exceptio, si ex condicione illa nullomodo ad collationem esset obligata? Et sane noua interpretatione adeóque emendatione vel saltem melioris lectionis assertione locus ille indiget, ne quis posthac aut erret hac in re cum Bartolo, aut tanto viro quem corrupta lectio errare coegerit, seuerius succenseat. Nec enim vlla ratione defendi potest, competere fratribus hoc casu vindicationem rerum in dotem datarum à patre nubenti filiæ, cùm sit certissimum res in dotem filiæ datas, pleno dominij iure acquiri marito, quippe qui sit dominus dotis *l. doce 6. C. de rei vindicat.* §. 1 *Instit. quib. alien. licet vel non.* Immo & ipsi filiæ. Eo sensu quo dicimus, dotem esse quidem in bonis mariti, sed tamen esse mulieris *l. quamuis 75. D. de iur. dot. l. in rebus 30. C. eod.* Nimirum si vt fieri solet & debet traditio facta sit marito non filiæ, ne translatio dominij per ius patriæ potestatis impediatur *d. l. Pomponius*, Iunctis ijs quæ nos ad illum locum, & de ipsius sententia iam scripsimus lib. 7. cap. 12. Quomodo & in *d. l. penult.* de qua nunc agimus credendum est traditam fuisse dotem marito cui & danda fuit. Nam quod ponit Papinianus patrem filiæ res tradidisse non ad dotem pertinet, sed ad res filiæ datas præter dotem. De quibus solis Papinianum sentire & dubitare ostendunt manifestè prima illa legis verba, *Pater nubenti filia quasdam res præter dotem dedit.* Neque verò etiamsi millies comminiscaris induci dispositionem ex verbis condicionalibus, vnquam tamen assequeris vt res in dotem datas quas per filiam conferri pater voluerit, à sorore vindicare fratres possint. Quisquis enim conferre tenetur, is non idcirco sic obligatur vt actione aliqua siue ciuili siue prætoria, eo nomine conueniri possit, sed hactenus dũtaxat vt si aliena bona volet appetere, conferat sua: alioquin summoueatur exceptione ex edicto competente, & à bonorũ possessionis beneficio arceatur, *l. 1. D. hoc tit. l. 1. D. de collat. bonor.* aut si bonorum possessio admissa est, iubeatur cauere vel satisdatione vel pignoribus, *d. l. 1. §. iubet autem eod.* tùm ex ea stipulatione cõueniatur statim atque interpellatus cũ aliquo tamen temporis spatio quo conferre potuit non fecit, *l. si quis filium 5. § stipulatio eod.* Cęterùm siue ex edicto vrgeatur ad cauendum, siue ex interposita cautione ad conferendam, personalis tantùm illa est actio, non vindicatio bonorum conferẽdorum. Vindicatio enim non nisi domino cõpetit, *d. l. doce l. in rem 23. eod. tit. D. de rei vindicat.* collationem verò nunquam petit nisi is qui dominus non est ab eo qui dominus est. Quid enim obsecro conferret, qui aliena conferret non sua? Igitur in proposita specie vindicatio rerum dotalium fratribus contra sororem præsertim constante matrimonio prætextu collationis cõpetere nullomodo potest. Sed etsi mulier, quod magis est, dotem conferre fratribus vellet, eámque idcirco marito aufferre matrimonio constante, non esset audienda, quia nihil causæ est, cur marito dos aufferenda sit, vt Modestinus respõdit in *l. Titia 62. D. de iur. dot.* licèt in specie dissimili, & ad causam restitutionis in integrum pertinente, non ad causam collationis Illud enim vtrique commune est, vt voluntas & consensus mulieris lædere ius mariti nunquam possit, nec si cum eius voluntate concurrat patria potestas, *l. filia. 7. C. solut. matrim.* Non

quòd

quòd ad conficiendam dotem expectanda sit dissolutio matrimonij, *l. si filia 20. in princip. D. famil. ercis cund.* sed vt intelligamus citra iniuriam mariti sic fieri collationem debere constante matrimonio, vt eo minùs filia auferat in partem delatæ sibi paternæ successionis, non etiam vt dotis petitio ei competat aduersus maritum, matrimonio perseuerante, *l. dotis 5. Cod. de collat.* Tantum abest vt inuita filia quæ dotem habet, possint fratres à marito dotem vindicare, *l. vltim.* in illis verbis, *Ergo non tantùm data dos apud maritũ remanebit. D. h. t. de colla. dot.* Ab ipsa verò sorore quomodo possent illi res in dotem datas vindicare, quarũ ipsa neque possessionem habeat, non magis quàm dominium? Certi siquidem iuris est, vindicationem sicuti non nisi domino datur, ita nec nisi aduersus possessorem dari, *l. is qui destinauit. 24. l. qui petitorio 36. D. de rei vindicat.* Ergo defendi nullomodo potest quod ex Papin. legimus in *dict. l. penult. fratribus res in dotem datas vindicantibus, doli exceptionem obstare* cùm rerum in dotem datarum vindicationem nullo casu habere possint, & consequenter fatendum est corruptam esse lectionem, quam attulimus sine negatione, legendúmque addita negatione *res non in dotem datas.* Nam de iis ipsis rebus Papinianus loquitur, quas priùs dixerat filiæ præter dotem datas fuisse, mutatis duntaxat iis verbis *præter dotem* in ista *non in dotem* more Papiniano satis familiari, vt fuit ille elegãtissimus & in responsis suis mirè concinnandis ferè nimius obseruator, si quis tamen nimius in eo genere aut quid nimium esse potest, Quomodo & in *l. verbis. 5. D. ad leg. Falcid.* dixit idem Papinian. *non necessariè* pro eo quod alius quilibet dixisset *frustra.* Atque ita legisse Accursium, quemadmodum plerique codices etiamnum habent, constat ex ipsius glossa quæ vult idem iuris esse in dote quod in cæteris rebus non in dotem datis. Non malè si sic intellexit vt non magis dotem quàm cæteras res præter dotem datas conferre teneatur filia quæ abstinet ab hereditate patris *dict. l. vltim. eod.* Sed pessimè tamẽ in eo quod distinctionem nullam admittit quantum pertinet ad causam vindicationis. Neque enim sicuti res à patre præter dotem datas, ita & dotales vindicare fratribus concessum est, propterea quòd vt diximus dotalium dominium ad maritum spectat: pręterdotalium verò ad heredes patris, à cuius bonis & dominio nunquam abscesserunt, obstante scilicet iure potestatis, & defectu tituli, sine quo transferri dominium nunquam potest, ne quidem per traditionem à domino factam in eum qui capax sit dominij acquirendi, *l. nunquam nuda. 31. D. de acquirend. rer. domin. iunct. dict. l. Pomponius.* Vt proinde mirum non sit vindicationem fratribus dari, cuius excludendæ gratia necesse sit accommodari filię exceptionem doli propter voluntatem testatoris facientem pro filia, quam pater alterutrum habere voluit, vel portionem hereditariã conferendo dotem & cætera omnia si coheres fieri mallet, vel dotẽ & cum dote res pręterdotẽ datas si à bonis patris abstinere mallet, quàm collationis munus subire, data etiam ipsi electione hoc ipso quòd coheredẽ eam fratribus adscripsit sub ea condicione, si dotem & cætera contulisset. Sed quod Bartolus ex illis verbis condicionalibus vult induci dispositionem, ita vt rerum prætertotalium retinendarum ius habeat filia, quæ alioqui vindicantibus fratribus eas restituere deberet. Non conuenit Papiniano, qui vtique non exce-

ptionem doli filiæ dedisset, sed vindicationem fratribus denegasset, si ob adscriptam condicionem collationis rerum istarum, quas dicimus præterdotales, filiam pro legataria in iis habendam esse existimasset. Quis enim ex prudentibus vindicationem rerum legatarum heredi vnquam dedit? Siquidem legatum ita facit legatarii rem legatam vt hereditas heredis res singulas *l. legatum* 80. *De legat.* 2. transitque rei legatæ dominium in legatariũ recta via, nunquam factum heredis *l. a Titio* 64. *D. de furt.* Atqui Papinianus, inquies, nullam inter res dotales & præterdotales differentiam videtur agnoscere, cùm generaliter & indistinctè ita scribit *quoniam pater filiam alterutrum habere voluit.* Fateor eam fuisse patris voluntatem, vt filia non minùs præterdotales res haberet, quàm dotales, sed tamen non eodem modo. Voluit enim pater filiam habere portionem hereditatis, si dotem cum rebus sibi non in dotem datis conferre fratribus parata esset, ídque ex voluntate & dispositione expressa. Filiam enim heredem instituit in portione hereditaria, quamuis sub condicione. Si verò heres esse nollet, non idcircò quasi sub contraria condicione legauit ei res alioquin conferendas, & ob eam causam illas vindicare si velint fratres summo iure possunt, sed tamen præbuit non leue indicium suæ voluntatis, non quòd filiam immunem esse vellet ab onere conferendi, quia de collatione quæri non potest, nisi eo casu quo filia patri ex testamento succedere cum fratribus velit, sed quòd nollet fratres vtrumque habere, & portionem hereditariam ex qua filiam sub collationis condicione instituisset, & res illas filiæ extra dotem datas, quas si condicionis implendæ causa conferre filia vellet, in earum quodammodo vicem ipsi portionem hereditatis adscripsisset, vt tantò minus fratres haberent. Fieri autem non potuit vt pater noluerit fratres vtrumque habere, quin ex contrario per consequentiam alterutrum filiam habere voluerit. Quamquam si quis à Papiniano dissentire auderet, facilè respondere posset, nec malè, meo iudicio, minùs bonam esse consecutionem. Pater enim fratres vtrumque habere eo demum casu noluit, quo soror conferre vellet. Sed ea collationem recusante, quid ipse constitutum vellet, nihil dixit. Itaque remansit casus ille in dispositione iuris communis, secundum quod dicendum esset non posse denegari fratribus vtilem earum rerum vindicationem, quæ à patris bonis nunquam abscesserunt, præsertim cùm nihil fratribus imputari possit, sed soli filiæ quæ patris voluntatem aspernata est. Longéque tutius & verius videri debet responsum illud Thryphonini quod sequitur in *l. vltim. eod.* vbi postquàm retulit fuisse quæstionis, an si sua heres filia patri cum fratribus, contenta dote abstineat se bonis patris, compellatur dotem conferre, rescriptúmque fuisse à Diuo Marco non esse compellendam, subiungit, *Ergo non tantum dos apud maritum remanebit, sed & promissa exigetur etiam à fratribus, & est æris alieni loco.* huiúsque illationis rationem eam statim reddit, *abscessit enim à bonis patris.* Quibus verbis significat non obscurè, si quid aliud tale esset quod à patris bonis nunquam abscessisset, aliud dicendum fore, nec filiæ permittendũ vt id lucrifaceret ob hoc solùm quòd collationem, quam ex parentis voto facere debuerat, recusasset. Cur enim melioris condicionis esse debeat, ex eo tantùm, quòd collationis faciendæ condicionem pater facto testamento adscripserit, quæ perinde mortuo patre intestato à lege subintelligeretur? An non debet potiùs esse deterioris, quæ patris iudicium neglexit? Atqui res non in dotem datæ semper

per in dominio patris manserunt. Consequens igitur est Tryphonini sententiæ, vt earum nomine filia quæ paternis bonis se abstinuit, neque actionem habere debeat, neque doli exceptionem. Et certè fatendum est clausulam illam condicionis adscriptæ institutioni filiæ, *si dotem & cætera quæ nubenti ei pater tradiderat, contulisset*, non tam pro filia, quàm contra filiã fuisse adiectam, ne haberet illa vtrumque, quomodo alioquin erat habitura, cùm iure vetere nullus facto testamento locus petendę collationi relinqueretur, *l. Theopompus* 14. *D. de dot. præleg. l.* 1. *C. de collat.* Proinde fieri nequit, vt ex iis verbis sumatur coniectura voluntatis pro filia, quasi in casum contrariũ voluerit pater eam non solùm dotem, sed etiam cætera extra dotem data retinere, *arg. d. l. in ratione* 30. *§. tametsi D. ad leg. Falcid.* Maximè verò cùm etiamsi nihil à patre de collatione cautum fuisset, non eo magis tamen filia res sibi extra dotem traditas retinere potuisset. Nam quod proximè diximus, eam fuisse iuris veteris rationem, vt nihil ex testamento conferri oporteret, nisi de quo conferendo expressim testator cauisset, ad ea pertinet quæ fuissent filiæ acquisita, vt putà ex causa dotis, cuius equidem capax est filia constante matrimonio, *d. l. Pomponius* 35. *D. famil. ercisc.* Vel ex causa donationis si filia emancipata proponeretur, *d. l.* 1. *C. de collat. l.* 2. *C. de inoff. donat.* Cui etiam illa comparatur, quæ fuit in familia & potestate donationis tempore, si postmodum sui iuris effecta sit, eique tunc res sibi à patre donatas tenenti pater, non ademerit, *l. sine emancipatis* 17. *C. de donat.* Sed non illa similiter, quæ non nisi patris morte exiit de potestate, qualis illa fuit de qua Papinianus respondit, vt ea verba probant, *eámque in familia retinuit*. In iis ergo rebus quæ nunquam filiæ viuo patre fuerunt acquisitæ, non magis poterat de collatione quæri facto testamento, quàm si factum nullum fuisset, quandoquidem, vt iam diximus, non aliena conferre debet is, qui confert, sed ea, quæ sint sua, ne alioqui stulta nulliúsque vtilitatis collatio sit iis, quibus hic qui confert, facit iniuriam succedendo: néve similiter & è contrario fiat iniuria ei, qui sua conferre paratus est, si cogatur etiam conferre aliena: Consequenter dubitari non oportet, quin illa in specie quam Papinianus tractat, nullum ius habitura fuerit filia retinendarum per exceptionem doli rerum præterdotalium, quarum testamento nullam pater fecisset mentionem, quia scilicet repertæ fuissent in hereditate patris: In eo dissimiles doti, quæ sicut à bonis patris abscesserat, ita & cessante patris voluntate ab omni collationis munere proculdubio esse deberet. Cur verò admittamus instituta ex parte filia sub ea condicione, *si dotem, & cætera, quæ à patre acceperat, contulisset*, plus iuris habere filiam, quæ patris iudicium repudiauit, quàm si nihil pater dixisset? Nam si quis à contrario sensu arguere velit pro Papiniano, ex eo quòd filia fratribus coheres data est sub hac condicione, *si dotem & cætera conferret*. Nihil aliud inferre possit, nisi quod fatebor libentissimè, Filiam igitur nolentem conferre, quasi defectam condicione, ad patris hereditatem admitti non debere. At vt ea quę debuit conferre, si succedere voluisset, sibi retineat ob id solùm quòd nolit succedere, nulla meo iudicio facit ratio iuris aut volũtatis. Ergóne, inquies, dotem quoque restituere debebit filia quæ patris votum & iudicium subsequi noluerit? Minimè verò. Sublata enim & extincta dispositione patris testamentaria propter defectũ condicionis, superest ius commune, quod filiam immunem facit ab onere conferendi, non quia sit factum testamentum, cùm testamento ipso irrogata

ſit per figuram condicionis neceſſitas collationis faciendæ, ſed quòd abſtinuerit ab hereditate patris, ſiquidem non alij conferunt, quàm qui ſuccedunt: Cúmque idem illud ius commune quod filiæ fauet, ne poſt abſtentionem cogatur conferre dotem quam habet ſuo iure, fratribus quoque det vindicationem rerum præterdotalium, quod nec Papinianus ipſe negat, apparet non poſſe rectam eſſe conſecutionem à dote ad res cæteras. Neque quòd eas pater in concipienda condicione cum dote cõiunxit, facere debet vt eandem omnium rationem conſtituiſſe videatur, niſi in caſum expreſſæ condicionis, & quòd ad collationem faciendam pertineret, ſi filia cum fratribus ſuccedere ex teſtamento vellet. Atque ita ſi à Papiniano diſſentire fas eſſet, non improbabiliter fortaſſis contra Papinianũ diſputare quis poſſet. Niſi fortè pro Papiniano reſpondeamus, patrem qui in collationis condicione poſuit non tantùm dotem, ſed etiam res cęteras extra dotem datas, hoc ipſo voluntatem ſuam ſatis declaraſſe, quæ faceret, vt ius omne quod ſe mortuo in iis rebus alioquin habituri erant filij, ad filiam perueniret. Non propter vim condicionis, vt vult Bartolus, nec, vt alij, propter coniunctas cum dote res cæteras in eadem condicione, ſed ex poteſtate & ſignificatione verbi *conferret*, ac quaſi in neceſſarium antecedens, quandoquidem vt ſępiùs repetij, non alia conferre poſſit filia, quàm quæ ſint ſua. Nam quemadmodum ſi viuus pater hanc filiam emancipaſſet, nec ei res illas præterdotales ademiſſet, hoc ipſo donationem, & quidem vtilem in eam contuliſſe viſus eſſet, *d.l. ſiue emancipatis* 17. *C. de donat.* Ita & in propoſita ſpecie iniuncto filiæfamilias onere non tantùm dotem, ſed has quoque res conferendi ſi fratribus coheres eſſe vellet, dilatáque collatione in id tempus quo filia per patris mortem ſui iuris effecta iam fuiſſet, videri poteſt pater voluiſſe vt eas res haberet filia, non tantùm in caſum ſucceſſionis & impletę condicionis, ſed etiamſi condicio deficeret, quoniam ad implendam condicionem, ac proinde priuſquàm impleta ea eſſet, oporteret ius filiæ quæſitum fuiſſe in iis rebus, vt poſtmodum ex voluntate patris eas fratribus conferre poſſet. Ac planè vel ratio nulla Papiniani reſponſo conſtat, vel hæc vna eſt, quæ potiſſimùm id tueri debeamus. Quanquam illa ſemper dubitatio ſupereſt, quod non negat Papinianus huiuſmodi rerum præterdotalium vindicationem fratribus competere, quæ tamen haud dubiè competere nullomodo poſſet, ſi earum dominium in neceſſarium antecedens futuræ collationis, in filiam tranſlatum intelligeretur. Quomodo dicimus in ſpecie, *l. denique* 8. *§. interdum. D. de pecul. legat.* id eſt, data alicui libertate ſub ea condicione, *ſi centum heredi ex peculio intulerit*, peculium quod reuera legatum non eſt, ſic tamen accipi quaſi legatum, quia fieri nequeat, vt centum ex peculio ſoluat ſeruus qui peculium non habet. Vt & in eleganti illa ſpecie, de qua in *l. Titia Seio* 87. *§. Seia libertis de leg.*2. Nam nec dubitandum eſt quin eo caſu peculij vindicatio heredi ſupereſſe nulla poſſit, non magis quàm ſi diſertis verbis peculium legatum eſſet, cùm pro legato habeatur. Habetur autem pro legato non vi & poteſtate condicionis adſcriptæ, *ſi centum intulerit*, ſed propter adiecta illa verba *ex peculio*, quę tametſi non ſint diſpoſitiua, quatenus in condicione tantùm poſita ſunt, tamen per ſe diſpoſitionem aliquam habent, & pro diſpoſitiuis neceſſariò habenda ſunt, vt poſſint effectum illum habere, quem teſtator voluit, quia neque vllus quæſtioni locus eſt de peculio an legatum videri debeat, néc-

ne, niſi

ne, nisi eo casu quo impleta cōdicio sit seruo libertatē consecuto, cùm nec alioqui legatum habere possit sine libertate. Quo sensu & exemplo, si quis diceret apud Papinianum filiam ex voluntate patris debere non tantùm dotem, sed etiam res præterdotales sibi habere, vt eas fratribus conferre possit ad implendam ex patris voluntate condicionem, paternæque hereditatis portionem consequendam, non valdè repugnarem. Maximè quòd nihil fratrum interesset, qui facta collatione tantundem consequerentur, quantùm si neque dos neque res illæ præterdotales à bonis patris abscessissent. At vt eo prætextu faciendæ collationis, quam tamen facere filia nolit, debeat illa consequi siue actionis, siue retentionis iure istas res præterdotales, tanquam ex voluntate patris, ob id solùm quod pater conferendi adscripserit condicionem in eum casum, qui non euenit, quo filia coheres esse vellet. Id verò pace Papiniani dixerim, durius mihi videtur, quam vt probare & admittere vnquam possim. Adeò distat vt probandum putem, quod ait Bartolus ex illo Papiniani responso, itémque ex *d. §. interdum* colligi posse, Verba condicionalia disponere quoties prolata sunt ab eo, qui disponendi habuit potestatem. Inde námque inferendum esset, cogendam potiùs mulierem conferre saltem res præterdotales (quippe de rebus tanquam de suis pro arbitrio disponere pater potuerit) si fratres mallent sororem conferre succedendo, quàm non succedere non conferendo, quod ipsum tamen Papinianus negat, qui non fratribus, sed filiæ dat electionem, vt docuimus.

Ad l. generaliter 6. in princip. C. de instit. & substit.

CAP. XVIII.

SCRIPSERAT testator in hæc verba, *Si filius meus intestatus morietur, vel sine liberis, restituat hereditatem Sempronio*, aut ita etiam concepta condicione, *si decesserit sine testamento vel sine nuptiis*. Mortuo herede sine liberis, sed facto testamento, aut contrà superstitibus quidem liberis, sed nullo facto testamento, denique vt vno verbo casus omnes comprehēdam, altera cōdicione impleta, altera defecta, quærebatur apud Iustinianū an fideicommissi condicio extitisset, vt proinde Sempronio hereditatē restitui oporteret, acsi ex omni parte impleta condicio fuisset. Insinuat verò non obscure Iustinianus, ita olim ius fuisse vt fideicommissarius admitteretur etiam in præiudicium liberorum, quos heres grauatus superstites reliquisset, si modò decessisset ille intestatus. Nec sanè fieri poterat vt aliter Iureconsulti responderēt. Quoties enim fideicommissum sub duplici condicione alternatiua relictū est, iuris ratio facit, vt alterutram euenisse sufficiat ad hoc vt fideicommisso locus fiat, quasi existente impletáque condicione: nec aliter vtramque impleri necesse sit quàm si coniunctim vtraque condicio adscripta sit hoc modo, *si sine liberis, & sine testamento decesserit*. Alioqui nihil prorsus interesset inter condiciones disiunctas & coniunctas: quod tamen si quis diceret, sicuti rectam latini sermonis rationem, propriámque verborum significationem corrumperet, ita & testatoris euerteret voluntatem, *l. si heredi plures 5. D. de condic. instit. l. cùm pupillus 78. §. 1. de condic. & demōst. §. pen. Instit. de her. instit.*

Nam quod dici solet, sępe ita esse comparatum, vt coniuncta pro disiunctis, & vicissim disiuncta pro coniunctis accipiantur, interdum etiam soluta pro separatis, *l. sępe 53. iunct. l. coniunctionem 23. D. de verb. signif.* non adeò generaliter & absurdè accipiendum est vt ob eam causam in cuiusque arbitrio & potestate esse debeat coniuncta, pro disiunctis accipere, vel disiuncta pro coniunctis. Alioqui confundentur omnia, quoties accidet vt contrahentes vel testatores vsi sint oratione aliqua coniunctiua, vel disiunctiua. Fateor orationem quæ nec coniunctionem nec disiunctionem habeat ex mente pronunciantis vel coniunctam, vel disiunctam accipi oportere, vt Paulus scribit in *l. alienationis 28. in fin. eod.* Non nego interdum accidere, vt coniuncta pro disiunctis, & è contrario disiuncta pro coniunctis accipi oporteat, si vel iuris ratio vel voluntas testatoris aut contrahentium aliam interpretationem æquè commodam admittere non possit, vt in exemplis illis de quibus in *d. l. coniunctionem & d. l. sępe. l. si quis ita 30. de aur. & argent. legat.* Sed hoc contendo, quoties coniunctio vel disiunctio à testatore, aut à contrahentibus facta est, nec quicquam prohibet quominùs coniunctio pro coniunctione, disiunctio pro disiunctione accipiatur, nihil causæ esse cur liceat aut oporteat recedere à proprietate verborum, *l. non aliter 69. de legat. 3.* neque cùm in verbis ambiguitas nulla est, admittendam esse quæstionem voluntatis, *l. ille aut ille 25. in princip. & §. 1. eod.* Quorsum enim verba, nisi vt demonstrent voluntatem dicentis? Aut cur credatur quisquam id dixisse quod non priùs animo, mentéque agitauerit? Inquit Celsus eleganter ex Tuberone in *l. Labeo 7. §. vlt. de suppellect. legat.* Proinde diligenter animaduertendum est quibus verbis concepta sit formula de cuius interpretatione disputatur, vt sciri possit quid sit id de quo quæritur, vt Iulianus scribit in *l. si is qui ducenta 13. §. vtrum* vers. *animaduertendum. D. de reb. dub* Neque verò facilè reperias apud Iureconsultos, siue de contractuum, siue de testamentorum interpretatione disputent, tantùm sibi eos arrogare, vt extra eũ casum quem nos admisimus, coniuncta pro disiunctis accipere audeant, vel contrà. Nam quòd in eam rem video à nonnullis adduci responsum illud elegans Scæuolæ in *l. Lucius 85. de hered. instit.* mihi videtur ad rem nullomodo pertinere, vt sequenti capite ostendemus. Dico itaque si fideicommissum à Titio relictum fuisset Sempronio sub duabus illis condicionibus alternatiuis, *si Titius sine liberis vel sine testamento decesserit*, non potuisse quẽquam ex prudentibus dubitare, quin mortuo Titio sine testamento, quamuis liberis superstitibus admitti fideicommissarius deberet, ita suadente natura disiunctionis, quæ alterutram condicionem ex alternatiuis impletam vult sufficere, vt fideicommisso locus fiat. Hoc verò corrigendum Iustinianus putauit, tanquam iniquum, liberísque ex grauato susceptis nimium graue, qui cùm exclusuri essent fideicommissarium si sub vna illa liberorũ condicione fideicommissum datum fuisset, à fideicommissario tamen exclusos se vident, ob id solùm quòd eorum pater intestatus decesserit. Itaque constituit Iustinianus, vt disiunctio pro coniunctione accipiatur, vnáque condicio esse intelligatur, quæ non aliter fideicommissarium admitti permittat, quàm si Titius neque liberos, neque testamentum reliquerit, vt incertus successionis morientis exitus videatur certo substitutionis & restitutionis fine concludi. Subiicit verò rationem, *Cui enim ferendus est intellectus si forsitan testamentum quidem non fecerit, posteritatem autem habuerit, propter*

huius-

huiusmodi verborum angustias liberos eius omni penè fructu paterno defraudari? Quæ postrema verba illa sunt, ex quibus inferre soleo, quod alij etiam inferunt, qui nobiscum sentiunt, liberos in condicione fideicommissi positos, non censeri ex fideicommisso vocatos. Non enim fructus paternus esset dicendus, sed auitus si ex fideicommisso auito nepotes ad ea bona inuito patre vocarentur. Nec sanè mala ratiocinatio est. Nam quod contrariæ opinionis assertores respondent, nepotes hereditatem aui ex fideicommisso percipientes, non malè posse dici eam percipere tanquam fructum paternũ, propterea quòd censeatur eis relicta contemplatione patris qui fuerit heres institutus, *arg. l. sed et si plures 10. §. in adrogato D. de vulg. & pupill. substit.* nullam certè habet rationem. Non ob id solùm, quòd in dubio si quid nepoti relictum sit ab auo præsumi debeat relictum contemplatione ipsius nepotis, non filij, indéque aduentitium non profectitium dicatur, vt bene disputat Alex. *cons. 185. num. 16. vol. 2. ex l. vlt. in fin. C. de vsufr. l. quæsitum 91. in princ.* vbi Accurs. & cæteri *de legat.* 1. Sed ob eam maximè causam, quòd non nisi absurdè possimus dicere, fauore filij & ipsius contemplatione iniunctũ illi ipsi onus fideicommissi hereditatis nepoti restituendæ. Neque enim quisquam dubitat quin fideicommissum sit onus, eius qui rogatus est, *l. si adrogator 22. §. 1. D. de adopt. l. 2. in fin. D. de suis & legit.* Fieri autem non potest, vt eiusdem fideicommissi respectu idem sit honoratus, & oneratus, non magis quàm vt sibi ipsi quis fideicommissi nomine sit obligatus, *l. cum filiofamilias 11. d. l. quæsitum 91. de legat.* 1. neque possum videre quis in eo versetur fauor patris, vt proprio filio cogatur vel inuitus restituere hereditatem, quã habuit ipse à suo patre. Cùm è contrario parentibus omnibus nihil sit odiosius aut periculosius quàm si de bonis suis erga liberos disponendis, non habeant liberam facultatem, quippe qui sciant eo potissimùm metu amittendæ hereditatis posse iuueniles calores coërceri, & liberos in obsequio paternæ pietati debito retineri: *l. nec ei 17. §. penult. D. de adopt.* Quod autem illi replicant, posse videri relictum nepotibus ab auo contemplatione ipsorum nepotum potiùs quàm filij, cùm viuo auo nati, & ab ipso cogniti fuerunt, Iustinianum verò in *d. l.* generaliter loqui de nepotibus nascituris, qui ab auo cogniti non fuerint, planè commentitium est. Non enim minor est aui pietas erga nepotes nascituros, quàm erga natos, licèt dilectiores esse soleant nati & cogniti quàm nascituri. Cuius rei non aliud præclarius testimonium quærere possumus, quàm Papiniani, qui in illa eleganti specie, *l. cùm auus 102. D. de condic. & demonstr.* mouetur vnica pietatis auitæ coniectura, vt pro nascituro nepote, contra testatoris filium primi gradus audacter respondeat. Tum verò cur Iustiniani constitutionem generalem, & quam ille ipse ad extraneos quoque extendit restringere volumus ad eum casum, quo nepotes in condicione positi, nunquam fuerint cogniti auo? An non potest auus qui iã nepotes natos habeat notósque, filium suũ heredẽ instituere, & ab eo sub his condicionibus, *si sine liberis, vel sine testamento decesserit,* fideicommissum relinquere? An eo minùs potest filius quandoque post mortem patris decedere sine liberis, quòd liberos habeat tempore testamenti. Alioqui enim si pertinacior esse velis, & negare constitutionẽ Iustiniani ad hos nepotes pertinere, qui iam testamenti tempore nati fuerint, consequens fiet, vt quòd ad eos spectat, superfit hodie ius vetus, quod ante Iustinianum obtinebat, proindéque excludantur nepotes per fideicommis-

ſarium, ſi filius heres inſtitutus, idémque grauatus, ſine teſtamento deceſſerit: Exiſtente nimirum vna ex iis conditionibus ſub quarum alterutra fideicommiſſum datum fuit Sic eueniet, vt quo fauorabiliores facere velis nepotes, viuo auo natos & cognitos, eo duriorem ipſorum condicioně efficias, poſtponáſque illos ſubſtituto, cui ſi poſt auum nati fuiſſent, ex Iuſtiniani conſtitutione præferrentur. Minùs verò ſubtile eſt quod iidem aliter reſpõdent, Iuſtinianum in hac lege non de illo quærere, An liberi poſiti in cõdicione ſint vocati, ſed hoc tantùm velle, Ferendum non eſſe, vt nepotes tam facilè poſſint fructu paterno defraudari. Id verò ne eueniat nihil meliùs aut accommodatiùs dici poſſe, quàm vt liberi in cõdicione poſiti, hoc ipſo vocati intelligantur, quandoquidem ea ratione fiat, ne poſſint defraudari fructu paterno, id eſt, inquiunt illi, eo fructu qui à patre debuiſſet iure legitimo in filios ex communi parentum voto peruenire. Quaſi verò id maximè agat & curet Iuſtinianus, ne poſſint nepotes in condicione poſiti defraudari fructu paterno à patre, ac non potiùs à fideicommiſſario, ad quem inuito etiam patre, non minùs quàm inuitis eius liberis in condicione poſitis bona omnia ex fideicommiſſo peruenire deberent, ſi Iuſtiniani lex non obſtaret. Deinde ſecundum hanc interpretationem fatendum eſt, quod iam diximus, fructum auitum non paternum fore fideicommiſſum illud quod ex aui teſtamento filius reſtituere nepotibus debeat, ſi eo defraudari nepotes non magis per filium heredem inſtitutum poſſint, quàm per extraneum ſubſtitutum. Quomodo enim poſſis quantumlibet impropriè fructum paternum dicere, quem nepos inuito patre ab auo conſequatur? Nã quod rurſus iidem replicant, fructũ paternum intelligi poſſe, quamuis ab auo fuerit relictus, quia fuit relictus per mediam perſonã ipſius patris, & quia talis fructus ſi non eſſet relictus ab auo debuiſſet ex communi parentum voto, & naturali charitate relinqui ab ipſo patre ex *l. ſcripto 7. in fin. D. vnd. lib. l. vlt. D. de bon. damnat. l. nam etſi 15. D. de inoffic. teſtam.* Hoc, inquam, eôdem recidit, & illud ipſum eſt, quod nos iam refutauimus ſicut & quod iidem aiũt, poſſe textum illum reflecti & retorqueri, hac ratione quòd cùm Iuſtinianus eo loco abſurdum putet liberos in condicione poſitos fructu paterno defraudari, neceſſe ſit eos dicere tacitè ſaltem ſubſtitutos. Ne alioqui poſſint facilè à patre defraudari vel per bonorum alienationem, vel per exheredationem, vel etiam per delictum ipſius patris, ex quo bonorum publicatio ſequatur. Iam enim diximus, non id eſſe quod Iuſtinianus abſurdum & iniquum putat, vt nepotes fructu paterno defraudentur à patre ipſo, ſed vt defraudentur à ſubſtituto. Quod enim ad patrem pertinet, quid rogo abſurdi eſt minùs ab eo percipere liberos, ſiue ſint illi exheredati dummodò iuſtè, ſiue deportationis ſententiam pater paſſus ſit, aut etiam alienauerit bona ſua? Nihil penitus, nec magis cùm liberi poſiti ſunt in condicione, quàm ſi non eſſent. Vtroque enim caſu perinde ſunt liberi, & ad parentum hereditatem ex parentum ipſorum voto vocati, ſed non tamen iis inuitis ex fideicommiſſo, vt conſtat ex iis quæ de patre deportato ſcribit Vlpianus, ſi benè intelligatur in *l. ex facto 17. §. ex facto. D. ad S C. Trebell.* Neque aliter poteſt abſurdum videri, quòd minùs percipiant liberi, à patre, qui vel eos exheredauerit, vel ex bonis ſuis quid alienauerit, vel deportatus ſit, quàm ſi ponas & dicas habere eos debere bona illa ab auo non à patre, *arg. l. 3. D. de interd. & releg. l. emancipatum 7. §. vlt. D. de Senat.* Quo ſenſu conſequens

fiet

fiet Iustinianum dicere debuisse fructum hunc auitum, non,quomodo vocat,paternum. Quia verò iidem contra quos disputamus,respondere solent Iustinianum in hac lege non illud decidere,de quo quæritur inter nostros, An liberi in condicione positi censeantur substituti, proinde sufficere vt ex aliis legibus probetur filios tacitè videri substitutos. Faciamus quæso, etsi nos quæstionem illam Decadibus nostris reseruamus,vt appareat decidi eam à Iustiniano,& quidẽ tam apertè,vt non potuerit apertius,nisi quòd ita deciditur quasi iam satis antè decisa, nullámque prorsus habens dubitationem. Nam si liberi positi in fideicommissi condicione haberi possent pro vocatis. Quæro,qua igitur ratione fieri poterat,vt ante Iustinianum excluderentur à substituto in illa specie, si fortè pater intestatus decessisset? Qui enim volunt censeri vocatos,dicunt,Patre rogato,si sine liberis decesserit,hereditatem restituere Sempronio,duplex esse fideicommissum. Vnũ tacitum quo pater in casum superstitum liberorum grauatus sit iis restituere hereditatem. Alterum & secundum expressum, quo deficientibus liberis grauatus sit eandem hereditatem restituere Sẽpronio. Ex quo apparet,frustra de secundo fideicommisso quæri an ei locus sit, néc ne,quãdiu priùs locum habere potest. Proinde quo iure, aut quónam iuris colore poterat Sẽpronius fideicommissum obtendere, exclusis grauati liberis in condicione positis,ob id solùm, quòd eorum pater intestatus decessisset, si ita ius erat, vt ex quo positi erant in condicione liberi,vocati quoque viderentur? Sed & Iustinianus ipse,qui vt his liberis faueat contra iuris rationem vult particulã disiunctiuã accipi pro coniunctiua,cur putauit egere illos noua sua cõstitutione,vt à Sempronio fideicommissario non excluderentur,si nõ ignorabat ex tacita patris volũtate videri eos debere vocatos? Quid enim refert fideicommissarij an is qui rogatus est, decesserit intestatus, an cum testamento? An eo minùs iuris habet,quòd heres rogatus non fecerit testamentum,in quo alium heredem fortassis extraneum instituere potuisset? Illud namque constat,fideicommissarium non heredi grauato succedere, sed testatori, *l. coheredi 41. §. cum filiæ de vulg. & pupil. subst. l. 1. l. in fideicommissaria 18. & pass. D. ad SC. Trebell.* Et tamen non putat Iustinianus,aliter fieri posse vt liberi in condicione positi non excludantur per substitutum, quàm si condiciones sub quibus alternatiuè vocatus fuit Sempronius ad fideicommissum,coniungantur,& in vnam eandémque condicionem illam degenerent, *si filius sine liberis & sine testamento decesserit*, vt susceptis liberis, licèt nullo facto testamento, dici possit fideicommissi condicionem, quæ vnica & indiuidua fuerit, defecisse. Non ergo credidit, Ob id tantùm quòd liberi in condicione positi sint,videri eos debere tacitè substitutos. Neque verò puto ad obiectionem hanc posse vllomodo responderi. Scio, eos, qui pro liberis pugnant, in ea esse sententia, vt putent hanc Iustiniani constitutionem procedere,vt loquuntur,in casu singulari,quando filij positi sunt in vna condicione, & alternatiuè fuerunt etiam adiectæ aliæ condiciones, inter quas illa sit, si filius sine testamento decesserit. Vnde, inquiunt, ex eo quòd testator concessit filio testandi facultatem de bonis sibi relictis,tacitè colligitur quòd voluerit liberos positos in condicione, posse per testamentum excludi,& consequenter non aliter eos admitti, quàm ab intestato,vel ex testamento, si essent instituti. Nos autem loquimur, aiunt illi, quando filij simpliciter positi sunt in condicione, & in contrarium non

ſubeſt aliqua coniectura, ex qua concipi poſſit, quod non intelligantur ſubſtituti. Fatentur itaque, vt arguere mox poſſimus à confeſſis ad negata. Illo ſaltem caſu quo condicio illa ſit adiecta, *ſi ſine teſtamento deceſſerit*, liberos quantumuis in condicione poſitos non videri vocatos. Quod ſummoperè notari volo, contra pleroſque, cum quibus mihi aliquando de tota hac quęſtione in Italia tractare contigit. Viros ſanè doctiſſimos, & in receptioribus interpretum noſtrorum traditionibus adprimè verſatos, qui mordicùs defendebant. Non eò minùs intelligi debere liberos in condicione poſitos tacitè ſubſtitutos, quòd teſtator in eum caſum quo exiſteret condicio fideicommiſſi ſub ea condicione relicti, *ſi ſine liberis*, expreſſim permiſerat alienationem in præiudicium ſubſtituti, vt non alia bona petere fideicommiſſarius poſſet, quàm quæ non reperirentur mortis tempore alienata. Quaſi permiſſio de alienando data in caſum deficientium liberorum, nihil haberet commune cum illo caſu, quo liberi ſupereſſent, neque ad eum porrigi deberet. Quidni enim ſimiliter nobis liceat ex iſtorum ſententia contra alios diſputare, condicionem illam *ſi ſine teſtamento deceſſerit*, de illo caſu intelligendam eſſe, quo heres grauatus nullos liberos ſuperſtites relinqueret, non etiam de illo, quo aliqui ex ipſo liberi ſupereſſent. Præſertim verò cùm eam condicionem, *ſi ſine teſtamento deceſſerit*, disiunctim conceptam, Iuſtinianus accipi velit tanquam coniunctam cum illa, *ſi ſine liberis*, quo caſu multò probabilius defendi poſſet, non perinde videri debere illam repetitam in caſum contrarium, quo filius grauatus, liberis ſuperſtitibus moreretur. Nemo ſiquidem dubitare poteſt, quin eiuſmodi condicio, *ſi ſine teſtamento deceſſerit*, adſcripta fideicommiſſo quod Sempronio relictum fuit, cõtra Sempronium adſcripta videri debeat, vt ei teſtamentarius quilibet grauati heres præferretur. Non contra eiuſdem grauati liberos ſi quos ſuperſtites relicturus eſſet. Sed & multò fortior ac probabilior voluntatis coniectura capi poteſt ad excludendam taciti illius fideicommiſſi quod ex liberorũ condicione inducitur, interpretationem ſi permiſſio teſtandi detur heredi in caſum exiſtentis, iam &, vt loquuntur, purificati fideicommiſſi, quàm ſi adſcribatur per modum condicionis ad euentum fideicommiſſi excludendum. Nam cùm interpretes qui liberos in condicione poſitos volunt vocatos, non alia coniectura voluntatis moueantur, quàm quòd eos teſtator præ dilexerit, ac prætulerit ſubſtituto, nec proinde credendus ſit voluiſſe vt patri liceret in eorum præiudicium diſponere de iis ipſis bonis, de quibus in fideicommiſſarij minùs dilecti præiudicium diſponere non poſſet (quæ tamen diſponendi licentia in liberorum perniciem non aliter patri interdicta eſſe queat, quàm ſi tacitum fideicommiſſum inducatur.) Prorſus conſequens eſt, Nullam voluntatis coniecturam facere pro liberis in condicione poſitis, eo caſu quo impunita ſit in fraudem expreſſi ſubſtituti bonorum fideicommiſſo ſubiectorum alienatio. Ne alioqui eueniat, quod fuerit abſurdiſſimum, vt maior ſit vis & poteſtas taciti fideicommiſſi quàm expreſſi, ad alienationem heredi prohibendam in tacito, quam teſtator expreſſim permiſerit in expreſſo. Sed quamuis non dubitem verum eſſe quod iſti volunt, Condicionem illam fideicommiſſo inſertam, *ſi heres ſine teſtamento deceſſerit*, ſicut efficit vt grauatus heres poſſit in præiudicium fideicomiſſarij diſponere, & diſponendo facere vt deficiat condicio fideicommiſſi. Ita debere facere vt eo ſaltem caſu liberi in condicione poſiti cenſeri non poſſint vocati.

cati. In eo tamen videntur mihi errare manifestè, quòd Iustiniani legem hanc, quæ proculdubio generalis est coangustant ad eum casum, quo ex pluribus condicionibus alternatiuè adscriptis vna illa sit *si heres sine testamento decesserit*, cùm apertissimum sit Iustinianum in excludendo fideicommissario propter liberos in condicione positos, ad nihil minus quàm ad hanc testandi licentiam respexisse. Nec enim apud Iustinianum refert, quas condiciones testator adscripserit, & an ita dixerit, *si filius meus sine liberis aut sine testamento decesserit, hereditatem Sempronio restituat*, an ita potiùs, *si decesserit sine liberis, aut si nauis ex Asia non venerit.* Vtroque enim casu ratio iuris veteris facit vt superstitibus quoque ex filio liberis, admitti nihilominùs debeat Sempronius, si nauis ex Asia non venerit, quippe tanquam substitutus sub duplici condicione alternatiuè, quarum alterutram sufficiat extitisse. Contra verò, Iustiniani constitutio vtroque casu excludit substitutum coniunctis condicionibus & in vnam transfusis per commutationem particulæ disiunctiuæ in coniunctiuam: Quia etsi sic scriptum esset *si filius meus sine liberis decesserit, & nauis ex Asia non venerit, hereditatem meam Sempronio restitui volo*, dubitari non oporteret, quin etiamsi nauis ex Asia non venisset, nihilomagis admitti Sempronius deberet si heredi rogato vel vnus filius vnáve filia superesset, quoniam vna tantùm esset condicio, ac proinde indiuidua, cuius vtramque partem impletam esse substitutus probare deberet vt admitti posset *d. l. cùm pupillus 78. §. 1. De condic. & demonstr. dict. l. si heredi plures 5. D. de condic. instit.* Nec sane hoc casu minùs locum habet ratio illa æquitatis qua Iustinianus mouetur, quàm si pro huiusmodi condicione *Si nauis ex Asia non venerit* illa fuisset adscripta *si sine testamento decesserit.* Nempe quòd ferendus non sit intellectus, si forsitan nauis ex Asia non venerit, liberos tamen grauatus filius reliquerit, propter istas verborum angustias liberos eius omni penè fructu paterno defraudari. Cur non enim æquè sit fauorabilis hoc casu condicio liberorum quos testator in condicione posuit vt patri suo possint saltem ab intestato succedere excluso substituto? Quod si admittas, vt admittendum necessariò est, Iustiniani legem hoc etiam casu locum habere, illud quoque admittendum erit ex superiore inductione, Liberos in condicione positos ne hoc quidem casu videri vocatos, licèt de testandi licentia heredi danda testator nihil cogitauerit, qui condicioni liberorum non aliam adiecit, quàm hanc, si nauis ex Asia non veniret. Atque ideò si quæratur, cur in ea specie Iustinianus non putet liberos in condicione positos censeri vocatos, Non illam rationem reddi posse quam isti adferunt, quòd heredi grauato liberam testandi facultatem pater concesserit, sed illam potiùs quæ & generalior est & speciebus omnibus legis conuenientior, quòd numquam possint aut debeant dici substituti, qui tantùm positi sunt in condicione. Vnde apparet etiam, nec illo quoque casu quo eiusmodi condicio adscripta fuit *si sine testamento decesserit* eam tamen Iustinianeæ constitutionis rationem adferri posse quæ ex faciendi testamenti data licentia proficiscatur, sed quæ sumatur ex solo, meróque fauore liberorum quibus subueniendum putauit Iustinianus contra verba condicionum, &, quod est consequens contra ipsam iuris rationem quæ condicionum potestatem non potest non æstimare ex vi & potestate verborum quibus conceptæ sunt, denique contra substitutũ vt tametsi altera condicio vel condicionis pars extiterit, ex-

cludatur tamen per liberos grauati, vt possint illi etiam in iis bonis perinde ac in reliqua hereditate patris, succedere patri siue ex testamento, siue ab intestato: sed contra patrem ipsum vt de hereditate liberis suis restituenda vllo casu rogatus videatur, non item. Subuenit enim potiùs ipsi etiam patri, vt eo minùs grauatus videri debeat, quasi sub vna tantùm condicione rogatus, qui reuera sub duabus, & quidem alternatiuè conceptis rogatus fuit. Cur verò subuenit patri, nisi vt in eius potestate sit inuito fideicommissario ea ipsa bona quæ restituere iussus erat, liberis suis relinquere siue ex testamento siue ab intestato id facere vellet? Isque demum paternus fructus proculdubio est, qui ex solius patris, non etiam ex aui iudicio & voluntate, quanuis ex aui bonis, ad filios peruenit. Eam verò Iustiniani mentem fuisse, quam nos dicimus, vt liberis grauati heredis prospiceret in omnem casum, quo postquàm in condicione positi essent, alia condicio alternatiuè subiecta proponeretur, siue de testamẽto illa esset, siue de naui quæ ab Asia expectabatur. Apparet satis non solùm ex generali ratione illa quã retulimus, posita in vers. *Cui enim ferendus est*, sed ex eo quoque quod non illas tantùm condiciones exprimit, *si filius decesserit sine liberis aut sine testamento*, sed illam etiam *si sine nuptiis*, quæ licèt disiunctiuè poni non possit post illam *si sine liberis* (quia fieri non potest vt non sine liberis decedat, qui decedit sine nuptiis, cùm ea condicio de iustis liberis intelligenda sit, non de naturalibus duntaxat, vt scriptum est in §. *cùm autem* eiusd. leg. iusti verò liberi sine nuptiis esse nequeant *l. septimo mense* 12. *D. de stat. homin. l.* 3. *De his qui sunt sui vel alien. iur.*) poni tamen potest ante vel post illam *si sine testamento* hoc modo *si filius idémque heres meus decesserit sine nuptiis aut sine testamento*. Quo casu si filius nuptias contraxerit, nec tamen liberos susceperit, postea verò sine testamento decesserit, perinde quæri potest, an substitutus extraneus admittendus sit ad fideicommissum excluso proximo eodémque legitimo successore. Ac quemadmodum dubitari non potest, quin ex vi verborum, meráque iuris ratione admitti debeat fideicommissarius, tanquam existente condicione fideicõmissi, si vel vna existat ex pluribus alternatiuis, ita & fatendum est Iustiniani legem perinde hoc casu locum habere ad excludendum substitutum, fauore non liberorum qui nulli sunt, licèt positi fuerint in condicione, sed ipsius grauati, vt non nisi vno casu & sub vnica, eáque indiuidua condicione duas partes habente grauatus intelligatur. Id enim est quod Iustinianus disertè cõstituit, tunc valere condicionem, id est haberi pro impleta, locúmque fideicommisso fieri, cùm nihil ex iis, quæ in cõdicione posita sunt, fuit subsecutũ, id est, cùm neq. testamentum factum est, neque nuptiæ intercesserunt, vt appareat si vel alterutrum subsecutum sit, vt puta si nuptiæ intercesserint, tametsi testamentum factum non sit, neque ex nuptiis suscepti fuerint liberi, nullum tamen fideicommissario locum superesse. Nam quod in sequentibus Iustinia. de relicta posteritate loquitur, eam causam habet, vt tanto apertior fiat iuris veteris iniquitas, quæ non tantùm patri grauato iniuriam faciebat siue liberos suscepisset, siue non, sed & ipsis liberis si qui fortè ex ipso superessent. Cæterùm nõ potest ratio illa restringere legis decisionem generalem, præsertim cùm idem Iustinianus statim subiiciat eam se legem fecisse quæ tam patribus, quàm liberis grata esset, vtrisque scilicet simul si pater liberos superstites reliquerit. Patribus verò solis, si fortè liberos quidem susceperint,

quorum respectu patres per relationem dici possint, sed qui tamen postea prædecesserint. Nec enim eò minùs patres videri debent, iustásque nuptias contraxisse vt fideicommissi onere liberati sint, quemadmodum si ita scripti essent, *vósque liberi charißimi hoc fideicommisso teneri volo, donec binos liberos educaueritis*, quo casu sufficeret ad excludendum fideicommissum binos liberos procreatos fuisse quamuis postmodùm prædefunctos, *l. heredibus 77. in princ. D. ad SC. Trebell.* Sed nec iis minùs fauere Iustinianus voluit qui liberos numquam susceperint, licèt dicat velle se patribus fauere. Possunt enim dici patres eo respectu quòd patres esse potuerunt. Quid enim referre potest an liberos susceperint nécne, si verum est condicionem fideicōmissi defecisse? Atqui verum illud est, defecisse condicionem si is qui fideicommisso grauatus est sub hac cōdicione, *si sine nuptiis vel sine testamento decesserit*, aut nuptias contraxerit, aut testamentum fecerit, postquàm placuit Iustiniano disiunctionem pro coniunctione accipiendam esse. Verba namque constitutionis non modò generalia sunt, sed etiam in rem concepta, cùm sint huiusmodi, *firmiter res poßideri, & non esse locum substitutioni earum, vel restitutioni. Si enim nihil ex iis fuerit subsecutum, tunc valere condicionem, & res secundum verba testamenti restitui, vt incertus succeßionis morientis exitus videatur certo substitutionis, vel restitutionis fine concludi.* Sensus enim est, huiusmodi condicionibus omnibus adscriptis, iam inde ab initio certum ius esse, vt non aliter fideicommissarius admitti vnquam possit, quàm si omnes simul condiciones extiterint, ac proinde siue liberos aliquos superesse contigerit, siue nullos: cùm nihil vetet incerto manente eo, an liberi aliqui futuri sint nécne, certam tamen iam inde ab initio fieri exclusionem fideicommissarij siue contractis iustis nuptiis, siue facto testamento. Illud planè non possum videre, quomodo possit esse grata patribus constitutio Iustiniani, si eo sensu donetur quo donandam volunt, qui patrem nouo ac tacito erga proprios liberos fideicommisso constringunt, quem tamen cogantur fateri ab onere fideicommissi expressi, quod extraneo relictum fuerat, esse iam liberatum. Plerumque enim acerbiùs grauiúsque ferunt parentes si propriis liberis, inde fortassis lædendæ pietatis occasionem & audaciam capturis, quàm si extraneis obligentur *arg. d. l. nec ei 17. D. de adopt. l. cum oportet. 6. circ. princip. C. de bon. quæ liber. l. si quando 35. §. illud C. de inoff. testam.* Accedat quod Iustinianus subiungit, non tantùm filiis & nepotibus velle se per eam legem subuenire, sed etiam eorum exemplo aliis personis, licèt extraneæ sint, de quibus tale aliquid scriptum proponatur. Itaque instituto herede, rogatóque de restituenda hereditate Sempronio sub his condicionibus alternatiuis, *si sine liberis, aut sine nuptiis, aut sine testamento decesserit*, dicendum est ex Iustiniani lege deficere condicionem fideicommissi, prorsúsque excludi Sempronium, si extraneus ille heres nuptias contraxerit, aut testamentum fecerit, licèt sine liberis decesserit, aut contra si testamentum quidem non fecerit, sed tamen iustos liberos ex iustis nuptiis susceperit. Quibus casibus perinde locum habebit ratio illa Iustiniani, quòd iniquum sit liberos propter verborum angustias omni penè fructu paterno defraudari: neque tamen similiter possis dicere fructum hunc re vera esse auitum, dicique paternum, quod officium aui erga nepotem ex officio patris erga liberos pendeat, cum testator extraneus sit & heredi, & consequenter nullo pietatis aut coniunctionis

vinculo liberis scripti heredis teneatur. Itaque apparet hic clarius verum esse quod dicimus bona ista per heredis instituti personam ad liberos in condicione positos non nisi ex patris iudicio & voluntate peruenire siue testatus decesserit siue intestatus, non item ex iudicio primi patris, siue auus ille fuit siue extraneus: nec tanquam bona aui, aut primi illius testatoris, sed tanquam bona patris, ob idque non immeritò fructum paternum appellari. Hic verò non possum mihi temperare, quin subiiciam, quod ad hanc Iustiniani legem intelligendam maximè pertinet, Errare grauiter eos, qui ex illa notant disiunctiuam particulam *vel* positam inter condiciones negatiuas resolui in coniunctiuam, idque fauore liberorum. Illæ namque condiciones *si filius intestatus decesserit aut sine liberis aut sine nuptiis* affirmatiuæ sunt non negatiuæ, ideóque resoluitur *aut* in *&* non in *neque*, quomodo resolui deberet si condiciones essent negatiuæ. Plures siquidem condiciones negatiuæ coniunctim sic conceptæ essent, *si filius neque testamentum fecerit, neque liberos susceperit, neque nuptias contraxerit, l. si is qui ducenta* 13. *§. vltim. De rebus dub.* vbi quod magis est, ita locuto testatore *si quis mihi filius aut filia gignetur heres mihi esto, si mihi filius aut filia heres non erit Seius heres esto*, negat Iulianus satis apertè declaratam esse à testatore suam voluntatem, an non aliter extraneum heredem esse vellet quàm si neque filius neque filia heres esset. Hoc enim modo, inquit, concipi oportuit, *si mihi neque filius neque filia heres erit.* Nec sufficit quod non omissa negatio fuisset in condicione sic concepta *si mihi filius aut filia heres non erit.* Tantum abest vt dictio *sine* posita cum verbis affirmatiuis *si decesserit* faciat cōdiciones negatiuas. Etsi video Tribonianum illo etiam loco disiunctiuam accipere pro coniunctiua ad extraneum, vt ille loquitur, excludendum. Tota namque illa clausula *sed proclıuior est testatoris voluntas sic esse interpretanda, vt sine filius sine filia nati ei fuerint, extraneus non admittatur, nisi specialiter hoc testator expresserit*, proculdubio Triboniani est, vt docui li. 12. respicientis fortasse ad eam Iustiniani constitutionem, de qua nunc tractamus. Fuit enim Triboniano familiare disiuncta pro coniunctis accipere, vt & in cæteris ferè omnibus peruertere iuris veteris rationē, vt videre est in *l. pen. C. de verb. signif.* vbi hercle suauis est, cùm vt nouæ constitutioni colorem quærat ex iure vetere non erubescit affirmare, in illa edicti parte quæ est De eo quod vi aut clam factum erit, dixisse prætorem *aut* pro *&*, quo falsius nihil dicere potuit. Ita enim sequeretur, non aliter interdicto locū fore quàm si probaretur opus & vi & clam simul factum fuisse, cùm tamen alterutrum probari sufficiat. Neque verò facilè possit contingere, vt & vi & clam simul quid factū sit, siquidē vi fecisse dicitur, qui prohibitus fecit, Clam verò qui prohibitionem factam timuit aut timere debuit, nec eo minùs fecit, *l. 1. l. 3. in princip. & §. vlt. D. quod vi aut clam.* Quamquam nō inficior posse interdum euenire, vt & partim vi & partim clam quid fiat in eodem tempore, vt puta, si cùm prohiberem fundamenta posuisti, posteà cùm conuenissem ne reliquum opus fieret, absente aut ignorante me reliquum opus perfecisti, vel contrà, Fundamenta clam iecisti, Deinde cætera me prohibente ædificasti. Hoc iure vtimur vt etsi vi & clam factum sit, hoc interdictū sufficiat, inquit Vlpian. in *l. is qui in puteū* 11. *§. interdictū. 5. eo. tit.* Quo verbo *sufficiat* an non ostendit manifestè hoc fieri ex sentētia prætoris, potiùs quàm ex verbis edicti, quæ quoniā disiunctim non cōiunctim cōcepta erāt, ad hūc

casum pertinere non videbantur? Alioqui non erat cur Vlpianus scriberet sufficere interdictũ eo casu qui præcipuus ac potissimus edicti verbis comprehensus fuisset, potiúsque dubitare debuerat an sufficere posset interdictum eo casu quo disiunctim vel vi vel clam opus factum probaretur.

Interpretatio l. Lucius 85. D. de hered. instit.

CAPVT XIX.

De huius loci sententia necessariò hîc nobis tractandum est, non solùm quod ad eã quæstionem maxime pertineat, de qua iam aliquid dicere cœpimus De liberis positis in condicione, quos qui putant vocatos hoc potissimùm responso niti solent, sed etiam quia vulgo creditum est ex illo etiam loco probari, quod nos superiore capite negauimus, Iurecconsultos disiuncta sæpe pro coniunctis accepisse, tùm etiam cùm nihil prohiberet quominùs coniunctim, & propriè acciperentur. In ea specie de qua Scæuola respõdit, proponebatur Titius à testatore fratre suo heres ex asse institutus, eique cum libertate substituti Stichus & Pamphilus sub tribus condicionibus disiunctim cõceptis, *Si Titius heres esse nollet, aut si prius moreretur, quàm hereditatem adijsset aut filium filiámve ex se natum, natámve non haberet.* Sic enim testator scripserat *Titius frater meus ex asse mihi heres esto, Si mihi Titius heres esse noluerit, aut, quod abominor, prius morietur quàm hereditatem meam adierit, aut filium filiámve ex se natum natámve non habebit, tunc Stichus & Pamphilus serui mei liberi & heredes sunto,* In quibus verbis, vt nemo non videt, duæ sunt disiunctiones conceptæ per illam repetitam particulam *aut* quæ est disiunctiua. Priorem ibi positam *aut quod abominor prius morietur,* quidam accipi volunt pro cõiunctiua, acsi scriptum esset *& quod abominor* à quibus ego prorsus dissentio. Neque enim dubito quin si Titius heres esse noluisset, suámque in eam rem voluntatem expressa repudiatione declarasset, admittendi fuissent substituti, licèt aliqua ex aliis condicionibus defecisset, id est licèt Titius ante aditam hereditatem mortuus liberos superstites reliquisset. Nam quod liberorũ Titij mentio facta est in concipienda condicione non ad hunc casum pertinet repudiatæ expressim hereditatis, in quem scilicet casum alternatiuè & vtiliter dati fuerant substituti, sed ad illum duntaxat quo ante aditam hereditatem decessisset liberis relictis, vt Scæuola ipse interpretatur iis verbis, *Quos eo amplius noluit heredes esse si frater prius quàm hereditatem adiret, decessisset liberis relictis.* Nec enim quisquã propriè ac pariter loquẽdo dixerit decessisse Titium ante aditam hereditatem si decesserit post eam repudiatam, cùm verba illa *ante aditam* præ se ferãt adiri adhuc posse, quod nõ est post repudiationem, quę scilicet delationis per legem factæ totam vim & potestatem extinguit. Delata siquidem dicitur hereditas quam quis adeundo consequi possit, *l. delata. 51. D. de verb. signific. iunct. l. sicut. 4. C. de oblig. & act. l. 1. §. decretalis. D. de success. edict.* Et tamen si prior illa disiunctiua *aut* pro coniunctione esset accipienda, consequens fieret, vt etiamsi Titius hereditatem repudiasset, perinde tamen excludi deberẽt substituti superstitibus ex Titio liberis, acsi hereditatem quam repudiasset, adiisset. Id nimirum euincente vi & potestate coniunctionis, quæ vnitas iunctásque condiciones

ſimul impleri vult, vt ſubſtituti qui ſub iis vocati ſunt, admitti poſſint *l. ſi heredi plures.5. D. de condic. inſtit. l. cum pupillus.78. §. 1. De condic.& demonſtr.* Poſteriorem verò diſiunctionem quæ eſt in illis verbis *aut filium filiamve ex ſe natum natámve non habebit*, fateor vtique pro coniunctione accipiendam eſſe, vt fatetur non obſcurè Scæuola ſupraſcriptis verbis, cùm vtraque condicione iuncta eam vult fuiſſe teſtatoris voluntatem, vt excluſi eſſent ſubſtituti ſi frater priuſquàm hereditatē adiret deceſſiſſet liberis relictis. Alioqui duabus condicionibus alternatiuè adſcriptis, ſufficere poſſet ſubſtitutis quod alterutra eueniſſet, ſiue mortuo Titio ante aditam hereditatem, ſiue ſuperſtitibus ex eo liberis. Sed tamen dico hoc ideo fieri, quia ſubſtitutio de qua tractat Scæuola, cùm ſit directa & vulgaris non poteſt fieri in caſum aditæ hereditatis, nec ſub ea condicione *ſi heres poſt aditam hereditatem ſine liberis deceſſerit.* Is enim caſus eſt fideicommiſſariæ non directæ ſubſtitutionis cùm fieri nequeat vt qui ſemel heres fuit, vnquam heres eſſe deſinat. *l. aut prætor.7. §. ſed quod Papinianus. D. de minor. l. ei qui ſoluendo. 88. hoc tit. De hered. inſtitut.* nec rurſus vt eo manente herede ſubſtitutus admitti, heréſque fieri poſſit, ne contra iuris regulam vni duo in ſolidum ſint heredes *l. quod contra.141. §. vni duo De regul. iur.* Quæ ratio eſt eius quod dici ſolet, Poſt aditam hereditatem vulgares ſubſtitutiones expirare, *l. poſt aditam.5. C. de impub. & aliis ſubſt. l. verbis ciuilibus. 7. De vulg.& pupill. ſubſtit.* Proinde mirum non eſt ſi hoc caſu diſiunctio pro cōiunctione accipiatur, quæ tanquam diſiunctio valere non poteſt. Nam ſi pro diſiunctione acciperetur, admittendus eſſet ſubſtitutus vulgaris (vnus ille ſit an plures nihil refert) in eum quoque caſum, quo Titius hereditatem adiiſſet, ſi modò poſtea ſine liberis deceſſiſſet, quod à iuris ratione & regulis, vt dixi, penitus abhorreret. Porrò ſicut condicio illa *ſi filium filiámve natum natámve ex ſe non habebit*, nullum per ſe habet effectum in caſum aditæ hereditatis, ob idque neceſſariò coniungenda eſt alteri condicioni *ſi prius morietur quàm hereditatem meam adierit* ne fruſtra & inutiliter adiecta eſſe videatur, ita nec prior illa *ſi prius morietur quàm hereditatem meam adierit* ſeparatim accipienda eſt ad ſubſtitutum admittendum in caſum hereditatis non aditæ, ſed neceſſario coniunctim cum alia condicione *ſi filium filiámve ex ſe natum natámve ſcriptus heres non habebit.* Pluribus enim condicionibus ſimul quamuis diſiūctim adſcriptis, fieri certè nequit vt poſterior priori coniuncta videri debeat, quin prior etiam poſteriori in vtrunque caſum coniungatur. Ita fit vt teſtator qui vulgariter ſubſtituit ſub hac duplici condicione *ſi Titius prius morietur quàm hereditatem adierit, aut liberos non habebit* vnam tantùm condicionem expreſſiſſe intelligendus ſit, eámque ſimplicem, & indiuiduam, haud ſecus acſi dixiſſet vnica oratione *ſi Titius ante aditam hereditatem deceſſerit ſine liberis.* At finge non de vulgari tantùm ſubſtitutione facienda, ſed de fideicommiſſaria quoque cogitaſſe teſtatorē, datis vt hodie fieri ſolet, ſubſtitutis, vulgariter, pupillariter, & per fideicommiſſum, idque ſub his ipſis condicionibus ita conceptis *ſi Titius prius morietur quàm hereditatem adierit aut filium filiámve ex ſe natum natámve non habebit*, An perinde dicemus defuncto ante aditam hereditatem ſuperſtitibus liberis Titio, ſubſtitutos excludi omnimodo debere? Minimè, vt ego quidem arbitror. Vnaquæque enim condicio in hoc caſu ſeparatim effectum ſuum habere cōmode poteſt, quamuis in aliam atque aliā cauſam,

illa

illa quidem *si prius morietur quàm hereditatem meam adierit* in casum vulgarem. Altera verò *si liberos ex se non habebit* in casum fideicommissi, hoc est aditæ hereditatis. Et ideò nulla hîc subest necessitas commutandæ disiunctionis in coniunctionem, ne fiat iniuria voluntati testatoris, qui vtique condiciones æquè facilè coniunxisset, si coniunctas voluisset. Atque hæc quidem nondum fortassis ab alio tam accuratè explicata ad Scæuolam adnotasse sufficiat, quod ad coniunctionum aut disiunctionum vim, & potestatem pertinet, ne quis credat Scæuolam alioquin iuris religiosissimũ adeò facilem, ne dicam audacem fuisse vt coniunctionem pro disiunctione acciperet aut contrà, nisi ex mera necessitate, id est eo casu quo aliter nobis interpretantibus eueniret vt alterutra condicio inutiliter ac superuacuò adiecta reperiretur. Sed illud multò minùs ferre possum, quod tot interpretes video existimare, probari ex eo loco, liberos in cõdicione positos hoc ipso vocatos intelligi debere. Nam cùm tota ea lex, vt & totus ipse titulus sit de institutionibus directis, non de fideicommissis, fatendum erit Scæuolam si in ea fuit opinione, vt Titii heredis instituti liberos vocatos crederet, non dubitasse, quin habendi essent pro institutis At quibus obsecro verbis, cùm nulla institutionis verba quod ad eos attinet, testamento inserta proponantur? Illis nimirum condicionalibus in substitutione concipienda expressis, *aut si filium filiámve ex se natum natámve non habebit*, aut si non illis, prorsus nullis. Atquin ij ipsi interpretes qui volunt liberos in fideicommissi condicione positos intelligi substitutos, fatentur ferè omnes, nõ posse tamen fieri vt ex verbis cõdicionalibus directa institutio vnquam inducatur, ex *l. si quis eum 16. §. vlt. D. de vulg. & pupil. substit.* quia heredis institutio non nisi expressis & ciuilib. verbis fieri potest, *l. heredes palam 21. D. qui testam. fac. poss.* inspecto saltem iure vetere, quod fuit temporibus Scæuolæ & ante constitutionem illam Imperatoris Constantini, quæ extat in *l. quoniam indignum 15. C. de testam.* neque possunt in eam rem sufficere coniecturæ, vt probant illi ex *l. 1. D. si tab. testam. ex tab. l. iubemus 29. C. de testam.* Ergo illud dici nullo modo potest, liberos Titij positos in condicione apud Scæuolam videri debere directò vel institutos, vel substitutos. Nec me mouet quod iis verbis *nam prudens consilium testantis animaduertitur, qui non solum fratrem prætulit substitutis, sed etiam eius liberos*, videtur Scæuola eandem constituere rationẽ Titii & liberorũ, vt ex testatoris volũtate nõ minùs liberi quam pater substituto præferãtur. Ex quo inferũt interpretes, Videri ergo liberos Titii substitutis prælatos ex testamento, & cõsequenter saltẽ ex fideicõmisso, quẽadmodum & Titius ipse sine dubio ex testamẽto iis præfertur, vt verbũ illud *prætulit* positũ inter duo determinabilia vniformiter ea determinet, quomodo iidem loqui solẽt vulgari brocardico, quod desumũt ex *l. iam hoc iure 4. de vulgar. & pupill. substit.* Nam vel ratiocinatio hæc inepta est, vel si habeas eam pro bona & probabili, ne dicam concludenti, perinde cogam te fateri liberos Titii nec pro fideicommissariis, nec pro directis substitutis habendos esse, sed pro institutis, quoniam nec alio quàm institutionis iure testator Titium fratrem prætulit substitutis. Ita euincam videri liberos patri coheredes datos, quod tamen non magis verum esse potest, quàm si quis diceret substitutos ob id solùm quòd ex vulgari substitutione succedere nequeant in casum aditæ hereditatis, ad eiusdem hereditatis partem veluti coheredes admittendos esse. Contra quàm

placeat Scæuolæ, qui repugnantem testatoris voluntatem ex eo coniicit, quod Titius fuerat ex toto asse institutus, vt & non valde dissimiliter argumentatur Papinianus in *d.l.verbis ciuilibus.7.De vulg.& pupi l.subst.*Proinde concludẽdum est quod Accur.bene animaduertit ad *d.l.Lucius* in verb. *prætulit*, testatorem in proposita specie, non modo Titium prætulisse substitutis, & quidem ex testamento per institutionem expressam, sed etiam Titij liberos ab intestato, quia tales erant, qui eo intestati iure patruo possent succedere:faciente nimirum patruo exitum intestati eo casu quo frater heres scriptus nollet adire ex institutione. In eóque vel maxime prudens elucet illud consilium testantis,quod tantopere Scæuola commendat. Cùm substitutis prælati sunt liberi heredis instituti ad excludendam quidem substitutionem, sed ita tamẽ vt non idcirco per fideicommissum grauatus fuerit pater de relinquenda iis hereditate. Via namque fideicommissi est, nota cuilibet,nec iam ferè quicquam est vulgarius: Estque præterea iis omnibus qui onerãtur,nec minus patribus,fortassis etiam magis quàm cæteris molesta. Sed substitutum ita vocare vt non tantùm institutus ei præferatur, sed etiam liberi hẽredis instituti,hoc ipsum verò ita tamen vt non idcirco grauatus sit heres scriptus erga proprios liberos, nec ei sit interdicta potestas de tota hereditate pro arbitrio disponendi,prudẽtis sanè testatoris est, nec adeò cuique obuium, siue de vulgari tantùm substitutione loquamur cum Scæuola, siue de fideicommisso quod sub illa condicione *si sine liberis* relictum proponatur. Itaque si fingas non fratrem testatoris heredem scriptum fuisse sed extraneum,cuius liberi non possint ab intestato succedere testatori,non similiter patiar te dicere,quod ait Scæuola, testatorem non tantùm heredem scriptum,sed & eius liberos substituto prætulisse, ne quidẽ ad exclusionem substituti, quia cum vulgaris substitutio fiat in casum hereditatis non aditæ,fieri nullomodo potest, vt heredis qui repudiauit, aut ante aditam decessit,liberi, qui ab intestato succedere nequeunt, substituto prælati esse videantur. Fateor non eò minùs facturos eos vt excludatur substitutus tanquam defectus condicione,si substitutionis condicio non eum duntaxat casum complectatur,quo hereditas non sit adita,sed etiam illum, quo heres institutus sine liberis decesserit ante aditam hereditatem. At non ex eo fiet vt liberi prælati dici possint,qui nec ipsi vllum ius in iis bonis habere possunt,neque ex testamento quia non sunt vocati, neque ab intestato, quia testatori sunt extranei, neque ex persona patris, magis quàm ex propria,quia nec quicquam iuris in iis bonis pater habuit, aut habere potuit, non adeundo. Fideicommissariæ substitutionis diuersa ratio est in eo, quòd cùm fiat in casum agnitæ hereditatis,facit proculdubio vt eius qui rogatus est liberi quamuis extranei testatori,non modò excludant substitutum per defectum condicionis,sed etiam admittantur ipsi,ab intestato,& succedant non equidem testatori,cuius hereditatem aditam fuisse ponendum est, ne alioqui fideicommissum intercidat,sed patri,licèt non ex nouo proprióque fideicommisso. Sed tamen probare nõ possum,quod ab iis etiam admissum video,qui nobiscum sentiunt,liberos in condicione positos non esse in dispositione. Hoc quoque casu dicendum testatorem prætulisse substituto nõ tantùm heredem rogatum, sed & eius liberos. Quandoquidem non aliud efficit voluntas testatoris ponentis Titii heredis instituti liberos in condicione fideicommissi,nisi vt si superuixerint patri, excludant substitutum *l.*

filius

filiusfamilias 114. §. *cum erit rogatus de legat.* 1. *l. cum pater* 77. §. 2 *olo de legat.* 2. Sed vt præferantur substituto etiam ab intestato, non facit, quia quod patris grauati hereditas ab intestato peruenit ad eius liberos, & consequenter cum hereditate illa etiam bona quæ ad substitutum peruenire debuerant, si grauatus sine liberis decessisset, non fit ex voluntate, iudicio, & prouidentia testatoris, sed ex beneficio legis, quæ parentū intestatorum hereditates liberis defert. Nec minùs meo iudicio ridiculus est, qui liberos in condicione positos, ob id quòd excludant substitutum, dicit à testatore prælatos esse substituto, quàm si quis diceret testatorem qui heredem suum rogasset de restituenda hereditate, *si Titius proximis Cal. Ianuariis Consul factus non esset*, aut, *si nauis ex Asia non veniret*, videri prætulisse substituto non solùm heredem rogatum, sed etiam Titium, aut quod multò absurdius fuerit, nauim quæ ex Asia venerit. Aliud enim est substitutum excludi per liberos in cōdicione positos: aliud verò eos ipsos per quos excludatur vocari aut præferri. Excluditur siquidem substitutus non tam ob personas liberorū, quos testator in condicione posuit, quàm ob defectum condicionis. Eo prorsus modo quo excluderetur si non personæ liberorum in condicione positæ essent, sed aduētus nauis ex Asia, vel quid aliud simile & inanimatū, in quod nulla cadere possit adfectio testatoris ad fideicommissum tacitum ex coniectura inducendum. Longéque aliud est, quod Scęuola in specie ibi proposita respondit, prudentem testatorem, non modò fratrem prætulisse substitutis, sed & ipsius liberos. Tractat enim, vt iam diximus, non de fideicommissaria substitutione, sed de vulgari, quæ cùm fiat in casum non agnitę hereditatis, si addatur condicio non existentium liberorum, qui sint capaces succedendi intestato testatori, facit proculdubiò, vt qui positi sunt in condicione liberi videātur prælati, adeóque tacitè vocati, licet nō nisi ab intestato: Non aliter quàm si testator ita scripsisset, *si legitimus heres vindicare nolit hereditatem meam, Seius heres esto*, quo casu noster idem Scæuola respondit in *l. si quis ita* 82. *eod. tit.* deficere condicionem testamenti legitimo hereditatē vindicante, atque ita esse potiorem causam legitimi quàm testamētarij successoris, adeóque ex testatoris voluntate non quasi legitimum illū successorem, si heres esse vellet, institutum esse, aut pro instituto habendum voluerit, quem tantùm posuit in condicione, sed quia ponendo eū in cōdicione ad excludendum institutum, vtique prætulit eum instituto, quãuis ab intestato: Etsi in eo differt species illa ab hac quam nunc tractamus, quòd si legitimus heres hereditatem vindicare nolit aut non possit in specie, *d. l. si quis ita*, institutus omnimodo admittitur, tanquā in eū ipsum casū scriptus. At in specie, *l. Titius*, fieri potest vt Titij heredis liberi nolint aut non possint patruo succedere ab intestato, nec tamen eò minùs excludant substitutos vulgares propter vim & potestatem condicionis, quę non ita fuit concepta, *si Titius prius moreretur quàm hereditatem adijsset aut eius liberi heredes esse nollent*, sed ita, *si priùs moreretur quàm hereditatem adijsset, aut liberos non haberet*. Vt proinde ad excludendum substitutum sufficiat liberos superesse, licèt heredes esse nolint aut non possint, quandoquidem sola eorum, vt ita dicam, superexistentia, facit deficere condicionem vulgaris substitutionis. Cōmutata disiunctiua in coniunctiuam propter eam rationē quā diximus, acsi substitutio facta esset in vnum illum casum, quo Titius ante aditā hereditatē sine liberis moreretur, vt idē ipse Scæuola noster interpretatur. Quo

casu dubitari non posset quin superstitibus liberis ex Titio ante aditam hereditatem defuncto, substituti omnimodò excluderentur, tanquam defecti condicione, tametsi liberi illi patruo intestato succedere vel noluissent, vel non potuissent, *d. §. cùm erit rogatus*, quamuis locus ille sit de fideicommisso non de vulgari substitutione. Nulla enim hac parte inter vulgarem & fideicommissariã substitutionem differẽtia est, vbi eadem vtriusque cõdicio est. Ex eóque apparet quàm parum ad rẽ faciat quod aduersus glossæ sententiã, quam nos probamus, plerique obiiciunt, nimis restrictũ iri Scęuolę responsum si ad eos Titij heredis instituti liberos coarctetur, qui patruo intestati exitum facienti succedere possint ab intestato. Quoniã, inquiũt, non alij fratris filij alteriúsve gradus agnati aut cognati ad legitimã successionẽ admitti possint, quàm qui eo viuo iam concepti fuisse probentur, *l. 1. §. si quis proximior. D. vnd. cognat. l. Titius 6. cum seq. D. de suis & legit.* Cùm tamen non eò minùs verum sit decessisse Titiũ superstitibus liberis quòd ij fuerint cõcepti post mortẽ patrui, atque ita defecisse condicionẽ. Fateor enim æquè excludi substitutos ob defectam condicionẽ, quotiescunque Titius liberis superstitibus decesserit ante aditã hereditatẽ siue cõcepti illi fuerint patruo adhuc viuo, siue illo iam defuncto, quia positi sunt in condicione tanquam liberi & superstites, non etiã sub ea condicione si possent aut vellent esse heredes. Nec rursum nego testatorẽ non posse dici prætulisse ab intestato fratris filios, quos quia se viuo concepti non fuerint, heredes ab intestato habere non possit. Sed nego quicquam in eo absurdi esse, quoniã ad tuendam testatoris voluntatem, & vt verũ sit quod ait Scæuola testatorem nõ modò fratrem, sed & fratris liberos prætulisse substitutis, sufficit quod testamenti tempore potuerit testator cogitare de fratris liberis qui se viuo conciperentur, etiãsi nullosdũ fortassis eo adhuc tempore cõceptos haberet frater. Illud enim postea facilè poterat euenire vt viuo auo conciperentur ij quos exinde concipi contingeret, siue quòd aliud plerumque sit tempus testamẽti, aliud mortis testatoris, nec quicquã prohibeat multis post factum testamentũ annis superuiuere testatorẽ, siue quòd in facienda vulgari substitutione testator cũ casum necessariò expressisset, cuius euentus non poterat in id tẽpus differri, quod à die mortis testatoris longè distaret, nempe *si Titius ante aditã hereditatẽ sine liberis decessisset*. Non enim multo pòst testatorem tempore potest decedere, qui decedit ante aditam hereditatẽ, quoniã adeundi tempora, vt plurimùm breuia sunt & angusta, vel quia heres cũ cretione sit institutus, id est sub cõdicione illa, quæ olim vulgaris frequénsque fuit, *si intra centum dies hereditatem meã adierit, creuerítque*, vt est apud Vlpianum *tit. 22. l. Pannonius 86. D. de acquir. hered. l. cretionum 17. C. de iur. delib.* Vel quia cunctante herede, & aditionem in longiorem diem differẽte solet ei à prætore præstitui tempus intra quod vel adire debeat vel repudiare. Id videlicet postulantibus creditoribus legatariis & aliis si qui sunt, quorũ intersit quàm citò aditã esse hereditatem. Quod tempus vt plurimùm solebat olim esse centum dierum, *l. 1. 2. & p. ff. D. eod. tit. de iur. delib.* sicut & intra centũ dies bonorum possessio ex edicto prætoris erat admittẽda, prçterquàm in liberis & parentibus, quibus tanquam ad bona penè propria venientibus erat annus in eam rem præfinitus, *l. 1. §. largius & seq. D. de success. edict. iunct. l. vlt. D. quis ord. in bon. poss. seruet. l. pen. D. rat. rem hab.* Itaque vix esse potest vt heres institutus decedat ante aditã hereditatem superstitibus

iis

iis liberis qui non fuerint viuo testatore concepti. Possetque id euenire multò faciliùs in fideicommissaria substitutione cui condicio illa adscripta esset, *si heres grauatus quandoque sine liberis moreretur*, cùm possit heres multis post aditam defuncti hereditatem annis vxorem ducere, liberos suscipere, tum iis superstitibus mori, nullis scilicèt temporis angustiis eo casu coarctatus. Denique tametsi ponas in specie huius legis nullos ex fratre filios viuo testatore conceptos fuisse, non eò minùs tamen verum est, quod vult Scæuola prudens animaduerti consilium testantis, qui non tantùm fratrem suum, sed etiam fratris liberos prætulerit substitutis. Relatione scilicèt facta ad id, quod euenire potuit, potiùs quàm ad id quod euenit. Nec proinde quicquam causæ est cur cum interpretibus contrariæ sententiæ assertoribus dicamus liberos in condicione positos, censeri debere hoc casu vocatos, vt præferantur substituto. Cùm abundè sit satisfactum & verbis condicionis & voluntati testatoris, si excludant substitutum, quomodo excludunt proculdubiò omni casu, licèt ipsi non admittantur. Neque enim defendi potest quod aliquando vir quidam, alioqui non insubtilis, dicebat, in specie huius legis singulari quodam iure admittendum esse vt patruo possint ab intestato succedere, illi quoque fratris liberi, qui non nisi mortuo iam auo fuerint concepti, si modò eo tempore concepti reperiātur quo incipiat ex lege deferri legitima hereditas. Quę in proposito sicuti nō priùs deferri potest quàm testator fecerit exitum intestati. Ita nec priùs quàm frater heres institutus exclusus sit per mortem ab adeunda hereditate. Nā etsi in id vsque tempus pendet causa testati, quam penitus extinctam esse necesse est, priusquàm de legitima successione quæri possit, *l. si is ad quem 22. l. quandiu 39. D. de acquir. hered.* non ideò tamen fit vt capax sit succedēdi ab intestato is qui non fuit conceptus viuo patrefamilias cui succedere velit. Vnde illud etiam est, quòd quamuis in suis sit successio vno illo casu quo post testatoris mortem delatio legitimæ hereditatis ex aliqua causa manserit in suspenso (sufficit enim vt alij nulli ante hunc, qui ab intestato succedere vult delata sit legitima hereditas, *l. 1. §. sciendum. D. de suis & legit. l. si quis filio 6. D. de iniust. rupt. & irrit. fact. testam. l. scripto 7. D. vnd. lib.*) non alij tamen possint succedere, quàm qui mortis tempore vel in rebus humanis iam fuerint, vel saltem concepti, *d. §. sciendum in fi. d. l. Titius & seq. D. de suis & legit.* Sed illud multò minus ferre possum, quod alij volunt apud Scæuolam, qui de vulgari tantùm, vt diximus, substitutione loquitur, nō fuisse liberos positos in condicione fauore patris cùm positi fuerint in eū casum, quo pater ipse ante aditam hereditatem moreretur, sed ipsorum liberorum intuitu vt substitutis præferrentur, a quibus alioquin exclusi fuissent: indéque fieri consequens, vt eo saltem casu intelligantur ipsi vocati ex testamento, vt quamuis non possint admitti tanquam heredes directò instituti, tamen admitti debeant iure fideicōmissi cùm habeant claram voluntatem defuncti, qui eos proprio ipsorū non alterius fauore posuit in condicione. Non nego quod illi aiūt, nō posse videri liberos in hac specie positos in cōdicione fauore patris, quomodo viderentur vtiq; si de fideicōmissaria non de vulgari substitutione tractaremus. Sed nego fuisse ideò vocatos, cū nihil prohibeat fuisse positos in condicione ad excludendū substitutū, vt ei ab intestato præferrētur, vtq; causa intestati præcederet hoc casu causā testati: queadmodū & in specie, *d. l. si ita quis.* Illud verò multò magis nego, vocatos illos esse tanquā ex fideicōmisso, non solùm quòd fideicōmissi verba nulla proponātur,

Sed etiam quia nec fideicommissum vllum comminisci possumus, quin per sona aliqua sit,à qua relinqui daríque potuerit. A quo autem in proposito datum præstandúmque dicemus? An à patre qui nunquam heres fuerit? Minimè. Fiunt enim fideicommissa in casum agnitæ hereditatis, nec aliter valere possunt quàm si hereditas ex testamento adita proponatur, quoties fideicommissum testamento relictum fuit, *l. si nemo 9. D. de testam. tutel. l. ea quam* 14. *C. de fideic.* An verò à substitutis? At ne hoc quidē dici potest, cùm exclusi sint vulgares substituti per defectum condicionis, sub qua fuerāt vocati. Neque verò si semel admissi essent, fieri vnquam posset vt ad liberos in condicione positos bona recurrerent, siue testamentariæ, siue legitimę successionis, aut fideicommissi iure. An denique à legitimis heredibus? Atqui ponimus, non alios fuisse testatori legitimos heredes agnatósve proximiores, quàm hos ipsos fratris instituti liberos positos in condicione, quos etiam dicimus prælatos fuisse ab intestato. Concludendum igitur est, Nullo prorsus casu liberos positos in condicione, vocatos dici posse ex testamento, neque directò, neque per fideicommissum, siue directa substitutio facta sit, siue precaria.

Ad §. ex facto l. ex facto 17. D. ad SC. Trebell.

CAPVT XX.

QVONIAM huius loci mentionem aliquam fecimus in præcedentibus, de ipsius quoque sententia dicendum nobis est. Nam & occurrit inter cæteros, de quorum interpretatione tractant nostri, cùm disputant, Vtrum liberi in fideicommissi condicione positi, sint etiam in dispositione. Ex eóq; mouentur qui nobiscum negant esse, nec malè meo iudicio. Idipsum enim probat, ni fallor, apertissimè. Rogauerat quædam mulier filium suum, vt si sine liberis decederet, hereditatem restitueret fratri suo. Is postea deportatus, in insula liberos susceperat. Quærebatur apud Vlpianum, an fideicommissi cōdicio defecisset. Placet Vlpiano, Conceptos quidem ante deportationem licèt posteà edantur efficere vt condicio deficiat, post deportationem verò quasi ab alio susceptos non prodesse. Maximè, inquit, cùm bona etiam cum sua quodammodo causa fisco sint vindicanda. Quis verò huiusmodi distinctionis effectus est? Vnus ille, quòd cùm fideicommissi condicio deficit propter liberos ante deportationem conceptos, bona omnia deportati ad fiscum pertinent ex sententia deportationis, quæ bonorum omnium publicationem semper comitem habet. Ad quem tamen pertinere non possent, si fideicommissi condicio extitisset, quia in bonis fideicommisso subiectis fideicommissarius fisco præfertur, & cùm non possint ad fiscum peruenire bona cuiusquam nisi cum suo onere, necesse est vt perueniant cum onere fideicommissi, si quod debitum esse proponatur, *l. vnic. C. pœn. fiscal. cred. præf. lib.* 10. *tit.* 7. Atqui si liberi positi in condicione hoc ipso vocati intelligerētur, dicendum esset eos, qui ante deportationem concepti fuissent, non magis fisco prodesse debere ad augendum publicationis emolumentum, quàm si post deportationem concepti probarentur, quia ipsi non modò fideicommissarium excluderent tanquam defectum condicione, sed etiā fiscum, ha-

ctenus saltem vt si fiscus vniuersa deportati bona ante susceptos liberos occupasset, fideicommissum tamen ad quod illi vocati essent, iisdem restituere teneretur. Id enim est quod lex ait, bona deportati non nisi cum sua causa fisco esse vindicanda. Et ita Bartolus locum hunc intelligit, ac post eum cæteri veteres ferè omnes qui nec dubitarunt, quin positi in condicione liberi nullomodo vocati viderentur. At illi quibus contraria sentẽtia placet, negant rectam esse interpretationem. Volunt enim hoc ipsum, quod lex ait, Liberos ante deportationem susceptos efficere vt deficiat cõdicio fideicommissi, sic accipi debere, vt ipsi commodum sentiant ex fideicommisso illo tacito, quod in bonis testatoris post patris mortem iis relictum intelligatur, Propterea quòd non potuerint fisco deferri nisi cum sua causa. Húncque sensum esse illorum verborum, *maxime cum etiam bona quodammodo cum sua causa fisco sint vindicanda.* Clausulam enim illam in fine responsi positam, ad omnia præcedentia referri debere, ex *l. talis scriptura 30. in fin. de legat.* 1. Quomodo illi contra Bartolum ratiocinantur. Sed parum subtiliter si quid video. Nam quod Vlpianus ait, filios post deportationem conceptos quasi ab alio susceptos non prodesse, nullum penitus alium sensum habere potest, quàm vt non prosint fisco. De quo enim alio Vlpianus sensisset? An forte verendum erat, ne quis putaret eos prodesse patri deportato ad euitandam pœnam, quæ iam inde antè quàm suscepti essent fuerat irrogata, non solùm per sententiam, sed etiam per subsecutam sententiæ executionem? Nimis verò ridiculus ille esset, qui vel per somnium id putaret. Ergo cùm Vlpiani sententia manifestissima illa sit, vt liberi post deportationem concepti, quasi ab alio suscepti, non prosint fisco. In liberis verò ante deportationem conceptis licèt pòst editis, aliud constituendum putauerit. Prorsus consequens est vt non dubitauerit, quin liberi ante deportationem concepti fisco prodesse deberent. In quo autem prodesse? Nisi in eo vt facerent deficere fideicommissi condicionem. Contra quem igitur, nisi contra fideicommissarium ad eum excludendum? Atqui non prodessent fisco, si ius ita esset, vt illi ipsi qui fideicommissarium excluderent per defectum condicionis, ad fideicommissum inuitati censerẽtur. Quid enim propter eos lucraretur fiscus, qui in vtrumque casum aut fideicommissario fratri heredis rogati, eiusdémque deportati, aut ipsius liberis fideicommissum restituere deberet? Aut quid eius potest interesse, an illi an istis fideicommissum restituat? Igitur vt verum sit quod Vlpianus ait, prodesse fisco liberos qui ex deportato ante deportationis sententiam concepti sunt, licèt pòsteà sint editi, omnimodo sic intelligi debet, vt deficiente propter eorum existentiam condicione fideicommissi, quod à deportato relictum fuerat sub ea condicione, *si sine liberis moreretur*, fiscus vniuersa deportati bona retineat, quæ alioquin fideicommissario restituere debuisset, si aut sine liberis ille decessisset, aut eos tantùm liberos reliquisset, qui post deportationem concepti fuissent. Nam quod in contrarium obiicitur, clausulam illam quæ habet bona deportati quodammodo cum sua causa fisco esse vindicanda, referri debere ad omnia præcedentia, ideò quòd in fine responsi posita sit, prorsus improbabile est. Nec enim ad alium casum referri potest, quàm quo relictum fuerit fideicommissum à deportato. Vlpianus verò nõ aliud fideicommissum ab eo relictum supponit, quàm quòd condicionem illam habuerat, *si is sine liberis moreretur.* De ipsis autem liberis an vocati es-

ſent nullomodo dubitauit, at ne quidem de ea dubitatione cogitauit, quæ in illa vſque tempora nulli vnquam ex prudentibus venerat in mentem. Immò verò prorſus ocioſa eſſet quæſtio, & inanis ſi liberi poſiti in condicione vocati cenſerentur. Nam ſiue ante, ſiue poſt deportationem ſuſcepti eſſent liberi, ſiue fideicommiſſarium excludere deberent, ſiue non deberent, vtiq; ſemper facerent vt in omnem caſum fiſcus omnimodo excluderetur: Solâq; inter liberos in condicione poſitos, & fideicommiſſarium quęſtio ſupereſſet, An pro liberis haberi deberent ad extinguendam fideicommiſſi condicionem, liberi illi qui ex deportato editi fuiſſent, ſiue ante, ſiue poſt deportationem concepti. Atqui nō poteſt negari quin Vlpianus de iure fiſci diſputet, concludátque liberos in condicione poſitos, ſi modò cōcepti ſint ante deportationem fiſco prodeſſe, non ſibi, vt iam probauimus. Probat ergo hic locus apertiſſimè, Liberos in condicione poſitos, licèt ab aſcendente nō cenſeri vocatos, ne quidem quod magis eſt ad fiſcum excludendum, tametſi fideicommiſſarium excludant: Illam certè clauſulam, *maximè cùm etiam bona ſua quodammodo cauſa fiſco ſint vindicanda*, fateor parum accommodatè his verbis conceptam eſſe, ſubiectámque ei quod proximè dictum erat, ſuſceptos poſt deportationem liberos, quaſi ab alio ſuſceptos, fiſco non prodeſſe. Nam etiamſi bona non niſi cum ſua cauſa peruenire ad fiſcū poſſint, non eò minùs tamen prodeſſent fiſco liberi ad fideicommiſſariū excludendum, bonáque retinenda, ſi ante deportationem concepti proponerentur. Itaque nihil commune habet ratio illa cum dicto: Et contra, illo etiam caſu quo liberi ante deportationem concepti, prodeſſe debeant fiſco, nō eo minùs verum eſt ad fiſcum deuoluta fuiſſe bona illa deportati omnia cum ſua cauſa. Nec rurſus video cur in ea ratione interſeri debuerit ea dictio *quodāmodo*. Quaſi verò non omnimodo & perpetuò veriſſimum ſit bona deportati ad fiſcū deuolui, cū ſua omni prorſus cauſa, & cum ſuo onere, vt Paulus loquitur in *l. in facto 60. §. fiſcus de condic. & demonſtr. l. cùm fiſco 9. D. ad SC. Silan. l. 2. §. vlt. D. ſi quis aliq. teſt. prohib. l. ſi ſeruus 50. §. ſi quis de legat. 1. l. 2. de alim. & cibar. legat. l. 3. in fin. l. recuſare 6. §. ſi fiſco. D. ad SC. Trebell. l. fiſcus 6. l. dicitur 14. & paſſ. D. de iur. fiſc.* Indéque nimirum coniiciebam aliquando, quod nunc ferè auſim adfirmare Triboniani eſſe potiùs quàm Vlpiani clauſulam illam, paulatímque in illam quoque ſuſpicionem veniebam, vt Triboniano totum reſponſum adſcriberem, ab illis ſaltem verbis, *nos igitur hoc dicemus*. Neque enim ſic Vlp. loqui ſolet, præſertim qui de ſe in ſingulari numero priùs fuerat locutus primis illis verbis, *Ex facto tractatum memini.* Sed nec præcedentia illa redolent Vlpianum, *Quærebatur igitur an fideicommiſſi condicio defeciſſet.* Maximè verò ſubiecta ſtatim & inſulſe repetita eadem dictione *igitur* in iis ſequentibus, *nos igitur hoc dicemus*, quæ tamen omnia Triboniano, cæteríſque compoſitoribus ſuam in omnibus autoritatem & ſententiam vltrò audactérque interponentibus, excidere facilè potuerūt. Quāquam parum referret cuiúſnam eſſet reſponſum, Vlpiani an Triboniani, ſi diſtinctio illa, de liberis ante vel poſt deportationem conceptis, rationi iuris conueniret. Sed me illud magis mouet, quod abhorret à iuris ratione. Conſtat enim matrimonium non ſolui deportatione, vel aquæ & ignis interdictione, *l. ſed ſi alia 5. §. 1. D. de bon. damnat. l. res vxoris 24. verſ. ſin autem. C. de donat. inter vir. & vxor. Nouell. 22. de nupt. cap. 8.* Nimirum ſi caſus in

quem

quem maritus incidit, non mutet vxoris adfectionem, vt eleganter & aperte ſcriptum eſt in *l.1.C.de repud.* Alioqui ſi mariti fortunam ſequi mulier nollet, proculdubiò matrimonium diſſolueretur, *l.ſi quis ſic ſtipuletur* 56. *D.ſolut.matrim.* quæ ſic omnino accipienda eſt. Cùm igitur poſt deportationem quoque duret matrimonium, ſi vxoris cōſenſus duret, ac proinde idem numero matrimonium ſit & maneat quod fuerat ante deportationem, planè non video cur liberi ex eo matrimonio quamuis poſt deportationē concepti, non debeant prodeſſe ad extinguendam fideicommiſſi condicionem, haud ſecus acſi ante deportationem concepti eſſent, cùm fieri nequeat, vt veri liberi & legitimi non ſint, qui ſunt ex vero matrimonio, nec rurſus vt ex alio homine ſuſcepti videantur, qui ex eodem matrimonio ſuſcepti ſunt. Quomodo enim idem matrimonium dici poſſet, ſi mariti perſona per pœnam deportationis mutata eſſe intelligeretur? Aut quomodo nouum & aliud matrimonium dici deberet, quod in eo ſtatu, id eſt, poſt deportatione cum eo contrahi amplius non poſſet? Multa ſiquidem facta durant, quę fieri prohibentur, & longè difficilius eſt contrahi matrimonium, quàm quod iam contractum fuerat, retineri, *l. patre furioſo* 8. *D. de his qui ſui vel alien. iur.ſunt.* Matrimonium enim non niſi inter ciues Romanos contrahitur, *§. 1.Inſtit.de nupt.* Contractum tamen inter eos quoque retinetur, qui ciuitatem Romanam amiſerunt, dummodò retinuerint libertatem, quam certè retinet deportatus, *d.l.5.de bon. damnat.* Ergo non poteſt verum eſſe quod ſub Vlpiani nomine Tribonianus, vt hanc ſuam diſtinctionem adſtrueret, ita ſcripſit, *poſt deportationem verò ſi ſceptos, quaſi ab alio non prodeſſe.* Cùmque certiſſimum ſit, quod iam ſæpiùs alibi monuimus, condicionum verba naturaliter non ciuiliter eſſe accipienda, *l. qui heredi* 44. *l. Manius* 55. *de condic.& demonſtr.l.heredibus* 77.*§.1.D.ad SC.Trebell.* Planè non video cur huiuſmodi condicio, *ſi ſine liberis*, non deficiat ſuperſtitibus ex iuſto deportati matrimonio liberis, licèt poſt deportationem conceptis. Nam ſi naturales quoque liberi, id eſt, à natura ſola non etiam à lege cogniti faciunt vt fideicommiſſi ſub eadem condicione relicti condicio defeciſſe intelligatur, quemadmodum in §. præcedente Vlpianus ex Papiniano ſcribit, vtique ſunt iſti plus quàm naturales, qui etiam legitimi naſcuntur, licèt non in patris poteſtate. Fefellit Tribonianum quod in ea ſpecie, quam Vlpianus tractat in §. ſequenti, talem diſtinctionem videtur probare iis verbis, *ſed ſi ſeruus pœnæ fuerit conſtitutus nullo antè concepto filio.* Verùm debuit animaduertere quod ex eodem illo §. probatur optimè & apertiſſimè, aliam eſſe rationem deportati, aliam eius qui ſeruus pœnæ factus ſit. Deportatus enim licèt amittat ciuitatem, retinet tamen libertatem, vt diximus, & conſequenter matrimonium. At is qui ſeruus pœnæ factus eſt, puta in metallum damnatus, cum ciuitate amittit etiam libertatem, & ideò cùm exinde pro mortuo habebatur, quia ſeruitus adſimilatur morti, *l. intercidit* 59. *in fin. de condic. & demonſtr.* non magis retinere matrimonium poteſt quàm contrahere, *dict. l.5. de bon. damnator. dict. l. res vxoris* 24.*C.de donat. inter vir. & vxor.* Itaque in illo, qui ſeruus pœnæ factus liberos reliquit, cùm eſſet rogatus hereditatem reſtituere, *ſi ſine liberis moreretur*, neceſſaria eſt illa diſtinctio, An liberi concepti ſint ante pœnam irrogatam ex condemnatione, an poſt, quoniam qui poſteà concepti ſunt,

non possunt videri concepti ex eo homine, qui non modò matrimonium liberósve habere non potuerit, sed nec vitam habuisse intelligatur. Sed hoc inspecta iuris veteris ratione. Nam hodie post Iustiniani constitutionem, *Nouell.22.de nupt. dict. cap.*8. Nulla hac parte differentia est inter deportatos & in metallum damnatos, postquàm placuit Iustiniano neminem bene natum fieri posse seruum pœnæ per sententiam Consequens enim est quod ibidem Iustinianus constituit, vt nec matrimonium quod antea benè contractum fuerat per huiusmodi pœnæ irrogationem dissoluatur, atque ita vt siue ante, siue post sententiam concepti ex eo liberi, prosint fisco ad excludendum fideicommissarium tanquam defectum condicione, si fideicommissum petere quandoque velit. Ex quo magis intelligimus, quàm verum sit, quod nos contra Tribonianum disputamus, in eo herede rogato qui deportatus tantùm non etiam in metallum damnatus fuisset, huic distinctioni De liberis ante vel post deportationem conceptis, locum esse nunquam potuisse, quia nunquam ita ius fuit vt deportatione matrimonium dissolueretur, si modò casus mariti non mutasset vxoris adfectionem, quam porrò mutatam non fuisse necesse est, quoties post deportationem quoque mulier ex eodẽ marito liberos cõcepisse proponitur. In eóq; miror errasse virum doctissimum Iacobum Cuiacium, qui supradictas leges quasi pugnantes non aliter sibi visus est conciliare posse, quàm si diceret, matrimonium deportatione non dissolui iure gentium, sed iure Quiritium dissolui, quod falsum esse constat satis ex superioribus, sed constabit etiam apertiùs ex iis quæ de tota illa quæstione pluribus tractaturi sumus in prima parte operis nostri nondum editi, nec absoluti, cui tit. erit *Iurisprudentiæ scientia.* Cuius absoluendi edendique studio mirabiliter vrgemur, nec labori vlli parcimus, vt quod semper satagimus, nouo docendi iuris, scribendique genere, studiosorum commoda & diligentiam, Deo Opt. Max. annuente, quantum in nobis erit, adiuuemus.

***

Finis libri decimiseptimi.

ANTO-

ANTONII FABRI I.C. SEBVSIANI SABAVDI SENATORIS, ET IN GEBENNENSIS DVCATVS AVDITORIO PRAESIDIS

CONIECTVRARVM IVRIS CIVILIS Liber decimus octauus.

Insignis Triboniani error in interpretanda Marcelli ad Iulianum nota in l.quamuis. 8.*§.si mulier. D. ad S.C. Velleian.*

CAP. I.

VLPIANVS in *l. quamuis.* 8. *§. si mulier. D.ad S.C. Velleian.* refert ex Iuliani libro duodecimo Digestorum, Si mulier apud Primum pro Secundo interuenerit, mox pro Primo apud creditorem eius, duas intercessiones factas esse, vnam pro Secundo apud Primum, Alteram pro Primo apud creditorem ipsius, ideóque & Primo restitui obligationem & aduersus eum. Subiicit autem eam Iuliani sententiam à Marcello, qui ad Iulianũ notas scripsit, notatam fuisse, quasi in proposita quæstione distingui oporteat, Vtrum hoc agatur vt ab initio mulier in alterius locum subdatur,& onus debitoris à quo transferre obligationem creditor voluit, suscipiat, an verò quasi debitrix delegetur. *Scilicet*, inquit lex, *vt si quasi debitrix delegata est, vna sit intercessio* Hæc verò interpretatio, vt hinc exordiamur vera esse meo iudicio non potest. Nam si ponas mulierem hanc quasi debitorem Primi propter interuentionem quam apud Primum pro Secundo fecerat, delegatam esse creditori Primi, fatendum necessariò est duplicem esse mulieris intercessionem, Vnam ex qua parte delegata est à Primo creditori eius (intercedit enim mulier, quæ patitur se delegari ab eo cuius verè debitrix anteà non fuit, *l. debitrix* 24. *D.eod. l.2.C.eod.*) Alteram, ex qua parte, *quasi debitrix Primi*, quia non potuit Primi debitrix esse tempore secundæ delegationis, nisi quatenus apud Primum iam interuenerat pro Secundo. Ea namque interuentio fecerat debitricem Primi, vt mox creditori Primi quasi debitrix delegari posset. Neque tamen negari potest quin Marcelli Iulianum reprehendentis mens illa fuerit, vt probaret altero di-

ſtinctionis caſu vnicam duntaxat interceſſionem eſſe. Iulianus enim ſcripſerat indiſtinctè duas factas interceſſiones. Et certè ita eſt, vt vna tantùm interceſſio facta videri debeat, ſi, vt habet prima pars diſtinctionis, hoc actum proponatur vt ab initio mulier in Primi locum ſubderetur, & ſuſciperet in ſe onus debitoris, Primi videlicet, à quo creditor transferre volebat obligationem, & conſequenter vt ſubtilior ita verior eſt Marcelli ſententia, quam Iuliani, licèt contrà Bartolus putet. Etſi enim ponimus vtroque caſu interueniſſe mulierem etiam apud Primum pro Secundo, & quidem antequam interueniret pro Primo apud creditorem eius (alioqui non eſſet Marcelli ad Iulianum nota ſatis accommodata.) Non tamen facit ea interuentio vt omnimodo pro Secundo apud Primum interceſſiſſe videri debeat, ſi nec habuit animum intercedendi, quomodo non poteſt videri habuiſſe cùm id egit vt ab initio intercederet pro Primo, id eſt, priuſquàm de ſuſcipienda Secundi apud Primum obligatione cogitaret. Siquidem non tam quid factum quàm quid actum ſit inſpici debet, quoties de illo quæritur, An in fraudem ſenatuſconſulti aliquid geſtum ſit, néc ne: Videtúrque prima illa interuentio mulieris pro Secundo apud Primum non aliam cauſam habuiſſe, quàm vt ſubſecutæ delegationi color quæreretur, ne contra Primi creditorem cui mulier delegabatur, poſſet illa iuuare ſe æquitate Senatuſconſulti, non ſecus ac ſi reuera Primi debitrix fuiſſet. Cùm tamen id omnino ageretur vt non Primi debitrix fieret, ſed eius qui Primum habebat ſibi obligatum. Quis vero huius quæſtionis & diſtinctionis effectus eſſe poteſt, ne fruſtra Marcellus à Iuliano diſſenſerit, vnámque hoc caſu non duplicem ſcripſerit factam eſſe interceſſionem? is nimirum, ſi benè coniicio, qui ſit ei cõtrarius, quem Iulianus inducebat ex ſua illa duplicis interceſſionis aſſeueratione. Inductio illa erat vt quia duæ eſſent interceſſiones, duplex quoque fieret reſtitutio veteris & priſtinæ obligationis. Vna in fauorem Primi aduerſus Secundum. Altera in fauorem præcipui creditoris aduerſus Primum. Id enim eſt quod ex Iuliano Vlpianus ſcribit *& ideo & Primo reſtitui obligationem, & aduerſus eum.* Ergo à contrario ſenſu Marcelli ſententiam illam fuiſſe fatendum eſt, vt quo caſu non niſi vnam interceſſionem à muliere factam exiſtimauit, vnicam quoque duplicem veteris obligationis reſtitutionem fieri crediderit. Cuiuſnam autem? An illius fortaſſe quæ Primo competierat aduerſus Secundum? Minimè verò. Neque enim hac parte interceſſionem vllam à muliere factam eſſe Marcellus exiſtimauit, niſi altero illo caſu quem nos non tractamus, quo mulier tanquã Primi debitrix creditori eius fuerit delegata. Alioqui nõ poſſis dicere quid ille ſibi voluerit, cùm vnam duntaxat interceſſionem factam eſſe ſcripſit, quandoquidem negari nequeat, quin reuera interceſſerit mulier pro Primo apud creditorem, cui ſe delegari paſſa eſt pro debito alieno, cum Primo nihil ipſa deberet. Vt proinde fatendum neceſſario ſit, vel duas ſemper eſſe interceſſiones, quod Iulianus dicebat, vel nullã in propoſita ſpecie pro Secundo apud Primum: cui planè conſequens eſt vt nec vlla actio reſtitui poſſit Primo aduerſus Secundum: quoniam ea demum actio per prætorem reſtituitur quæ propter mulieris interceſſionẽ prorſus extincta eſſet, nec vnquam reſſuſcitanda ſi mulier ſenatuſcõſulti auxilio non adiuuaretur: Eſtque omnino inauditũ vt vbi mulieris interceſſio nulla eſt, reſtitutio aliqua fiat, quia nec neceſſe eſt, at ne quidem, vt ita dicam, poſſibile reſtitui actionem,

quæ

quæ nunquã fuerit perempta. Nam & ob eam causam restitutoria illa actio dicitur etiam rescissoria in *l. si mulier* 16. *Cod. ad S.C. Velleian.* quod non nisi rescissa mulieris intercessione competat, & propter ipsam rescissionem. Adeò vt si cùm nulla præcederet obligatio, mulier nihilominus id egerit intercedendo vt quam obligationem alius contracturus erat ipsa in se susciperet, restitutoria actio creditori nulla dari possit, sed ea potiùs quæ instituat magis quàm restituat actionem, vt perinde obligetur is cuius futuram obligationem mulier suscepit, & eodem obligationis genere quo ipsa mulier est obligata: quemadmodum idem Vlpianus noster tractat eleganter, in *§. si cùm essem penult. dict. l. quamuis.* Atque ita ni fallor Marcellum interpretati fuissent omnes, si ab illis verbis *an verò quasi debitrix delegetur* aliam planéque diuersam interpretationem in ipso Vlpiani contextu obseruassent. Sed ne Marcelli & Vlpiani sensum sanè perquàm subtilem assequi potuerint. Obstitit primùm clausula & interpretatio illa quam nos falsam esse iam docuimus, *scilicet vt si quasi debitrix delegata est, vna sit intercessio.* Tum & multò magis quod sequitur, *Proinde secundum hanc suam distinctionem in prima visione vbi quasi debitrix delegata est, exceptionem ei senatusconsulti Marcellus non daret.* Contra quem verò non daret? An contra Primum agentem ex interuentione facta pro Secundo? Atqui de exceptione quod ad Primum attinet, tractari nullomodo potest, quia neque actio vlla est quæ Primo competat ex interuentione illa facta pro Secundo, nec proinde quæ possit elidi per exceptionem. Ponimus enim eandem mulierem mox à Primo delegatam fuisse creditori, atque ita per delegationem desiisse debitricem esse Primi, factámque debitricem creditoris, qui à Primo ad mulierem transferre voluit obligationem. Itaque tametsi secundum Iulianum duplex sit intercessio, non tamen in ea Iulianus fuit aut esse quisquam possit sentẽtia, vt duplex etiam sit exceptio, quæ ex Velleiano detur aduersus duplicem illam intercessionem, cùm vna tantùm sit actio, nimirum ex delegatione facta pro Primo apud creditorẽ eius, quæ sicuti mulierem obligauit Primi creditori, ita & à Primo eam liberauit. Fieri siquidẽ nequit vt idem sit debitor delegantis & eius cui delegatur, imò verò per delegationem transfertur obligatio à delegante ab eo in cuius commodum fit delegatio, *l. delegare est.* 11. *& duab. seqq. D. de nouat.* Cúmque delegatio nouatio sit *l. si quis absente.* 22. *eod.* nemo dubitat quin delegatione personæ ritè facta, iure nouationis vetustior cõtractus euanuerit, *l. 2. §. vlt. & pass. C. eod.* Qui enim debitorem suum creditori delegat pecuniam dare intelligitur, *l. qui debitorem.* 18. *D. de fideiuss.* & consequenter eam ipsam pecuniã quasi breui manu à debitore suo accipere, Vnde fieri necesse est vt vtrimq. tollatur obligatio, & delegati ex qua parte deleganti tenebatur & delegãtis qui proprio creditori obstrictus erat, soláq. superfit obligatio illa quæ per delegationẽ nunc primùm contrahitur à delegato in eius fauorẽ cui delegatio fit. Id enim est quod in *§. interdũ. d. l. quãuis*, idem Vlp. noster subiicit, Soluere eũ quoq. qui rem delegat: & Paulus in *l. inter causas.* 26. *§. abesse. D. mandat.* abesse intelligi pecuniam fideiussori etiamsi debitor ab eo delegatus sit creditori, licèt is soluendo non fuerit, quia inquit, bonum nomen facit creditor, qui admittit debitorẽ delegatũ. An ergo supradicta Vlpiani verba sic intelligemus, vt nõ fuerit.

Marcellus mulieri daturus exceptionem Velleiani aduersus creditorem Primi agentem ex delegatiône, nimirum illo casu quo vnam duntaxat intercessionem à muliere factam esse existimauit? At ne hoc quidem dici potest. Nullus enim omnino casus est in quo Marcellus credere potuerit non intercessisse mulierem, quæ à Primo se delegari passa est, cùm fateatur omni casu saltem vnam esse intercessionem. Nam vna illa vel prorsus nulla, vel si qua est, ea est quæ inducitur ex delegatione. Quòd si intercessio est, ergo admittit exceptionem senatusconsulti quod de fœminarum intercessionibus factum fuit. Nec proinde dici potest quo sensu donari queant verba illa *exceptionem ei senatusconsulti Marcellus non daret.* Multò minùs verò si ea retineas quæ præcedunt, *in prima visione vbi quasi debitrix delegata est*, cùm sit verissimum quod iam diximus & probauimus, eo casu quo mulier quasi debitrix à Primo delegata fuerit duplicem haud dubiè factam esse intercessionem. Huic enim consequens est vt quamuis non idcirco duplex exceptio mulieri competere possit, quoniam prioris intercessionis causa per subsecutam delegationem tota perempta est, tamen vna saltem exceptio competat, scilicet aduersus obligationem & actionem illam, quæ sola super est ex causa factæ delegationis. Igitur vel nullo casu, vel hoc vno debuit Marcellus exceptionem mulieri accommodare. Taceo quod si verba illa *in prima visione* sic intelligas vt significent primam partem illius distinctionis quam Marcellus probabat, non possunt conuenire sequentia illa *vbi quasi debitrix delegata est.* Ita enim Marcellus scripserat *differentiam aliquam esse vtrum hoc agatur vt ab initio mulier in alterius locum subdatur, & onus debitoris à quo obligationem transferre creditor voluit, suscipiat, an verò quasi debitrix delegetur.* Secunda itaque non prima visio & species illa Marcello fuit si mulier tanquam debitrix delegetur: essétque hic error ei persimilis quem nos obseruauimus lib.1.cap.3.in *l. Maeuio 41.§.1.de legat.2.* quo loco verba illa, *vbi vir vxori relegat* monuimus addita esse ab imperito interprete, distinctionem quam Iauolenus eo responso tradit, malè ac perperam accipiente, & ad primam distinctionis partem referente, quod referre debuerat ad secundam. Neque tamen similiter possum persuaderi vt errorem hunc quem nunc primùm patefacio, adscribam interpreti. Quis enim interpres quantumuis audax & imperitus tot verba, tamque longam interpretationem textui inserere ausus vnquam fuisset? Triboniano potiùs succenseo, qui cùm Marcelli notam non intelligeret, eámque sic acciperet, quasi mulieri damnosa esset in eo quod senatusconsulti exceptionem Marcellus mulieri dare nollet, fauens ille more suo longè plus æquo fœminis, putauit scilicet vir bonus aut corrigendam, aut certè temperandam Marcelli notam: addita etiam tota illa clausula quæ sequitur, & ex qua tantò manifestiùs fiet, quod volumus neque Vlpiani, neque Marcelli esse interpretationem hanc quam nos damnamus. Sic enim subiicit, *sed condemnata vel ante condemnationem condicere vtique ei à quo delegata est poterit, vel quod ei abest, vel si nondum abest, liberationem.* Quid obsecro dici potuit insulsius, adeóque mulieri ipsi damnosius? Ponit mulierem condemnatam, aut omnimodo condemnandam, scilicet creditori cui à Primo fuerat delegata, quasi secundum Marcelli sententiam altero saltem distinctionis casu non fuerit illa Velleiani exceptione adiuuanda;

uanda: Cùm tamen neque Iulianus, neque Marcellus, neque Vlpianus, nec denique alius quisquam ex prudẽtibus dubitare vnquam potuerit, quin aduersus eam intercessionem quam pro Primo mulier fecisset, patiendo se delegari, iuuanda esset æquitate senatusconsulti, non condemnanda. Nemo autem negauerit longè vtilius fore mulieri si non condemnetur quàm si condemnatæ aut condemnandæ accommodemus conditionem, præsertim aduersus alium, qui fortasse non sit soluendo: quo saltem casu fatendũ est illusorium & inane auxilium illud fore, quod mulieri præstat Tribonianus. Quod verò idem ille vult, posse mulierem ei condicere à quo fuit delegata prorsus nouum est, & inauditum. Perinde namque est acsi quis diceret posse illam ei condicere à quo fuit liberata: cùm per delegationem vt diximus contingat ipso iure liberatio. Atqui fieri non potest vt debitori qui delegatur non sit vtilis delegatio ex qua parte liberatur à primo creditore. Nec igitur fieri vlla ratione potest vt aduersus eum creditorem à quo liberatus fuit vllam eo nomine acquirat actionem, multò minùs verò condictionem quæ nec alij dari solet quàm ei qui est aut aliquando fuit creditor, nec aduersus alium quàm debitorem, ipso iure potius quàm ex æquitate vlla liberatum. Fateor mulierem quæ delegatur, ita liberari à proprio creditore, vt tamen nouam obligationem contrahat, & creditori creditoris sui fiat obnoxia, Ex eáque causa non nego æquissimum esse vt nil obstante illa liberatione ipsi succurratur: Sed hoc contendo succurrendum ei esse aduersus illum cui obligata est, non aduersus eum à quo fuit liberata. Nã & proditum est his solis condicendum esse quibus quoquomodo solutum fuit non quibus solutio proficit, *l. his solis 49. D. de condict. indeb.* Et rogo quænam causa satis iusta esse potest propter quam succurrendum sit mulieri per condictionem siue aduersus delegantem, siue aduersus eum cui fuit delegata, nisi quia pro alieno debito intercessit? At inducit ea res exceptionem senatusconsulti, & quidem contra eum solum cui mulier obligata est, non etiam condicionem: cui vtique locus esse non potest nisi vno illo casu quo mulier contra senatusconsultum obligata vel iam soluerit, vel pro eo haberi debeat acsi soluisset, puta si debitorem suum delegauerit, vt idem Vlpianus subiicit in *d. l. quamuis. §. interdum*, vbi quod ait interdum mulieri intercedẽti etiam condictionem dandam esse, an non ostendit apertissimè nullum eousque ab Vlpiano tractatum esse casum, in quo existimauerit competere mulieri condictionem? Tantùm abest vt in eo ipso §. qui proximè præcedit, condictionem ille mulieri accommodauerit aduersus delegantem. Nam & illo casu quo dat mulieri condictionem, dat vtique contra eum ipsum cui mulier fuit obligata & cui soluit ipsa aut soluisse intelligitur. Ergo & in proposita specie si mulieri condictionem dandam Vlpianus putasset, dedisset vtique contra Primi creditorem cui erat illa delegata, & qui per delegationem solus mulieris creditor factus erat, non contra Primum à quo iam erat liberata. Sed & in eo grammaticum mendum est quod Tribonianus ait mulierem condicere posse quod sibi abest: sibi enim scribendum erat non ei. Duo sunt quæ Tribonianum videntur fefellisse. Vnum illud, quod putauit Marcellum non aliam ob causam à Iuliano dissensisse, quàm vt eo casu quo vna tantum mulieris intercessio esset, Senatusconsulti exceptionem mulieri denegaret. Cùm è contrario non id egerit Marcellus vt duriorem faceret mulieris condicionem, sed potiùs vt negaret restituen-

dam Primo actionem in Secundum, quam tamen restituendam esse dixerat Iulianus, in quo nullum mulieris damnum est, cuius nec quicquam interest an ea actio Primo restituatur nécne, cui nimirum sufficit quòd neque à Primo conueniri potest interuentione facta pro Secundo, quandoquidem ab eo liberata est per delegationem, &, si liberata non esset, haberet nihilominus exceptionem Velleiani, neque à creditore cui delegata est, propter exceptionem perpetuam, quam habet ex senatúsconsulto aduersus intercessionem. Isque secundus Triboniani lapsus fuit, quod existimauit fortasse exceptionem senatusconsulti quam obiicere mulier poterat aduersus Primum agentem ex interuentione apud se facta pro Secundo, non posse obiici creditori cui facta est delegatio, ex *l. si quis delegauerit. 12. D. de nouat.* Nec animaduertit differre hac parte exceptionem Velleiani, ab exceptione doli, Macedoniani, & cæteris huiusmodi, hactenus vt perinde possit obiici ei cui delegatio facta est atque ipsi deleganti, quoniam in delegatione quoque & secunda promissione perinde ac in prima intercessio est, vt Paulus eleganter tractat in *l. doli. 19. §. diuersum eod.* vbi subiicit eandem causam esse mulieris & minoris qui circumscriptus delegatur, quia, inquit, si etiam nunc minor est rursum circumuenitur. Aliter quàm si excesserit ætatem vigintiquinque annorum, quamuis adhuc possit restitui aduersus priorem creditorem. Etsi autem videtur mihi tota illa additio Triboniano potiùs quàm interpreti, vt iam dixi, adscribenda, probabile tamen est post ea Triboniani verba *in prima visione* subiectam esse ab interprete imperitiore hanc interpretationem *vbi quasi debitrix delegata est*, ne alioqui fatendum sit non solùm cum Iuliano, Marcello, Vlpiano & Iurisconsultis omnibus, pugnasse Tribonianum, sed etiam cum seipso, qui ad primã visionem retulerat, non ad secundam, quod de Velleiani exceptione mulieri deneganda, tanquam ex tacita Marcelli sententia diuinauerat. Non enim prima visio illa fuit Marcello, sed secunda, si mulier quasi debitrix delegetur. Vt verò Triboniani manum agnoscam mouet me etiam hoc ipsum *visionis* nomen quod Triboniano familiare, prudentibus verò prorsus insolens est, & numquam quod sciam vsurpatum. Nam quod in *l. sed etsi lege 25. §. adeò autem. D. de petit. hered.* scriptum legimus *tribus visionibus relatis*, itémque in *l. si fideiussor. 29. §. pen. D. mandat. & l. cùm de indebito. 25. §. pen. D. de probat.* mihi æquè suspectum est, facítque vt illos quoque locos non minus, quàm hunc à Triboniano corruptos esse existimem, De quo dicam cap. seq. Sanè eo *visionum* nomine Tribonianus vsus est in constitutione *De confirm. Digest. §. si quid autem 14.* in illis verbis *& in his partibus in quibus perfectissimæ visiones exposita veterum fuerant.* Visiones latinè vocans quas græca constitutio θεωρίας appellat. Haloander malè hîc legebat *diuisione*. Pessimè Ioannes vetus glossator *fideiussione* vt refert Azo, ex cuius glossa magna, si quis eam legere volet, facilè perspiciet quàm parum sibi vterque satisfecerit in obscurissimi & corruptissimi loci huius interpretatione, nec ferè dubitasse Azonem quin Vlpiano aliquis manus intulisset, ab iis ipsis verbis quæ nos Triboniani esse contendimus.

Indicantur alia Triboniani additiones in l. sed etsi lege 25. §. adeò D. de petit. hered.

CAPVT II.

PVDET

PVDET sanè iam pigetque toties Tribonianum accusare, quòd tot iuris nostri locos malè corruperit: sed tamen facere non possum quin ex innumeris qui passim occurrunt, eos saltem patefaciam, quorum interpretatio ex ea causa non solùm obscurior, sed etiam prorsus inexplicabilis facta esse videatur. In eóque mihi tantoperè satisfacio, vt non alia meliùs & feliciùs à me obseruata esse putem, quàm quæ in hanc sententiam contra Tribonianum sunt à nobis disputata. Insigne exemplum illud est quod proximo capite protulimus. Conuenient adprimè illa etiam quæ nos nunc proferemus. In *l. sed etsi lege 25. §. adeò D. de petit. hered.* Vlpianus noster tractans de eo qui hereditatem ad alium pertinentem bona fide possedit & consumpsit, quem iam dixerat ex senatusconsulto in eam rem facto non teneri petitione hereditatis, nisi quatenus locupletior factus sit, Post varios casus propositos in quibus dubitari poterat an locupletior factus dici deberet, vtputà si donatione in aliquem collata eum sibi ad remunerandum saltem naturaliter obligasset, ab eóque postmodum ἀντίδωρα fortassis accepisset, aut an ex hereditate posset deducere quod contemplatione delatæ sibi hereditatis paullo lautiùs de suo patrimonio expendisset, aut mutuam pecuniam accepisset, pignoríque res hereditarias dedisset, subiungit, adeò non teneri eum qui locupletior factus non est, vt si quis putans se ex asse heredem cùm non esset nisi ex parte partem dimidiam hereditatis sine dolo malo consumpserit, Marcellus tractet, vtrum non teneatur quasi id quod erogauerit ex eo fuerit quod ad eum non pertinebat, sed ad coheredes. Dubitandi ratio illa erat quam ex eodẽ Marcello Vlpianus subiicit, quòd & si is qui nulla ex parte heres erat, totum quod apud se fuisset consumpsisset, sine dubio non teneretur, quasi qui nullomodo locupletior factus esset. Sequitur verò, *Sed in proposita quæstione tribus visionibus relatis vna prima, deinde alia posse dici totum quod superest restituere eum debere, quasi suam partem consumpserit, tertia vtrique quod consumptum est decedere, aut vtique nomihil restituendum. De illo tantum dubitat, vtrum totum an partem restituendam dicat. Puto tamen residuum integrum non esse restituendum, sed partẽ eius dimidiam.* Hæc ego omnia Triboniani esse dico non Vlpiani, aut Marcelli. Primùm propter verborum contextum quem video prorsus inconcinnum & parum elegantem more prorsus Tribonianeo. Nam vt monui superiore capite, & ex sequentib. quoque apparebit, quæ nos disputabimus cap. vlt. huius libri nomẽ illud *visionis* nunquã à prudentib. nostris vsurpatũ est, neq. pro theoria & speculatione, quomodo Antonius Augustinus interpretatur, neque pro opinione, quomodo Accursius, & longè accõmodatiùs ad Triboniani sensum, qui proculdubio ille est, vt circa propositã quæstionem tres occurrãt opiniones. Prima illa quę suprarelatis Marcelli verbis expressa est vt cõsumpta pars hereditatis tota coheredũ portionib. imputetur. Secũda huic prorsus cõtraria, vt nõ nisi partẽ suã bonæ fidei possessor cõsumpsisse intelligatur: ideóq. totũ quod superest restituere teneatur. Tertia media vt tam ex ipsius parte quàm ex coheredum portionibus pro rata decedat id omne quod ex tota hereditate consumptum fuit. Secundò, mouent me verba illa *vna prima*. Quid enim dici potuit ineptiùs, præsertim si iungas quæ statim sequũtur *deinde alia posse dici* &c. quid solutius, & negligẽtius? Quare nec dubitat Accursius, alioquin satis malus latinitatis magister, quin supplẽdum aliquid sit, & post ea verba, *deinde alia* interserendum *qua continetur*, aut aliud quid simile. Debuit sanè Tribonianus in præcedentibus scribere

vna proxima non *prima* vt non solùm elegantiùs sed etiam apertiùs & enucleatiùs loqueretur. Tertio mouet me quod sequitur, *Tertia vtrique quod consumptum est decedere*, Præseferunt enim hæc verba propter dictionem *vtrique* quæ binarium duntaxat numerum complectitur, de duabus tantùm portionibus tractari, cùm tamen fatendum sit tractasse Marcellum saltem de tribus, Nimirum de portione bonæ fidei possessoris qui se putabat ex asse heredem cùm haberet coheredes, Itémque de portionibus coheredum quæ non nisi plures esse poterant, & consequenter saltem duæ, sicut & plures coheredes, de quib. in plurali numero Marcellus locutus fuerat in proponenda quæstione. Sic enim scripserat *quasi id quod erogauerit ex eo fuerit quod ad eum non pertinebat sed ad coheredes*: Itaque scribendum erat *omnibus portionibus quod consumptum est decedere*, non, vt scriptum est *vtrique*. Inde etiam fit, quod Triboniani manum & inscitiam prodit apertiùs, vt in definienda quæstione, mentio facta sit dimidiæ partis, in illis verbis, *Puto tamen residuum integrum non esse restituendum sed partem eius dimidiam*, cùm tamen pars illa non nisi tertia esse possit, si ponas vt in dubio ponendum est, ex æquis & virilibus partibus fuisse heredes. Nam quæ ratio faceret vt si bonæ fidei possessor qui se ex asse heredem putabat vnum duntaxat coheredem habuisset, partem duntaxat dimidiam coheredi restituere deberet, eadem facit vt si duos coheredes habeat bessem iis restituere debeat, vnicuique scilicet trientem. Etsi enim fieri potuit vt is bonæ fidei possessor, ex semisse heres institutus esset, alij autem coheredes siue duo siue plures ex alio tantùm semisse. In dubio tamē pluribus heredibus scriptis sine partibus, aut ita vt quænam illæ partes sint sciri non possit, non aliæ partes quàm viriles & æquales factæ intelliguntur, *l. quoties 9. §. heredes. D. de hered. instit. § si plures Instit. eod.* Esse étque diuinatio illa prorsus improbabilis, si quis vellet dicere in specie à Marcello tractata bonæ fidei possessorem ex semisse solum scriptum fuisse, coheredes verò plures ex reliquo: Sed neque potest ea diuinatio cadere in aliam speciem quàm in qua tractetur de heredibus testamentariis, cùm ab intestato fieri nunquam possit vt non sint æquales portiones eorum omnium qui succedunt, siquidem in eodem gradu succedendi & æquè proximos omnes eos esse necesse est, aut saltem si quis repræsentationi locus sit, puta inter descendentes, iure vetere inspecto, ex illorum persona succedere qui in eodem gradu fuerunt. Atqui constat Senatuscōsultum quod de hereditatum petitionibus factum est, de quo in *l. item veniunt 20. §. prater hac D. de petit. hered.* licèt de heredibus testamentariis locutum sit, contra quos tantùm leges caducariæ locum habere poterant, tamen ad legitimos quoque heredes & intestati successores pertinere, *d. l. sed etsi lege 25. §. scire*, sicut & ad priuatorum petitiones, *l. 1. C. eod.* licèt in publica causa factum sit, vt Vlpian. monet in *d. l. item veniūt. §. in priuatorum.* Vbi addit etiam pertinere ad peculium castrense & quamlibet aliam vniuersitatem, tametsi non loquatur nisi de hereditate. Et verò multò facilius potest euenire in legitima successione quàm in testamentaria, vt quis bona fide putet se heredem ex asse, qui tamen habeat coheredem, aut vt se putet heredem ex maiore portione quàm ei sit delata. Proindè nulla ratio est, cur credere debeamus, Marcellum de testamentariis heredibus concepisse quæstionem quæ in legitimis non minus accommodatè aut vtiliter proponi poterat. Mouet me quartò quòd non possum mihi persuadere Marcel-

lum

lum in proposita quæstione adeò hæsitasse vt eam indecisam reliquerit, nec rursum quid ille tandem concludendum putaret, prætermissum ab Vlpiano fuisse. Cui tamen si adscribes versiculum illum, *Puto tamen residuum integrũ non esse restituendum, sed partem eius dimidiam*, non solùm facies, vt mancus fuerit in referenda Marcelli sententia, sed etiam vt contrà quàm Marcellus senserat, sensisse ipse videatur. Denique ne putes aut dissensisse prudentes in hac quæstione, aut dissentiendi probabilem causam vllam habuisse, me illud maximè & postremo loco mouet, quod non existimo posse defendi, vsque adeò fauendum & indulgendum esse bonæ fidei possessori in hac specie, vt non nisi partem residuæ hereditatis restituere teneatur. Imò verò magis esse puto vt totum restituere debeat si tantùm consumpserit, quantum ex hereditate ad eum pro sua parte spectabat. Cur non enim credendus sit suam potiùs portionem quàm ex alienis quicquam consumpsisse, quantumuis bonæ fidei possessor proponatur? Aut quónam iuris vel æquitatis colore possit recusare, quominùs suis coheredibus nihil nisi portiones suas petentibus restituat quicquid superest ex hereditate, si coheredũ portionibus idipsum respondeat? Illud namque nemo negauerit ex iuris ratione respondendum fore, si bonæ fidei possessoribus prospectum non fuisset Senatusconsulto, quod vtique non fuerat necessarium, si non anteà ius tale erat, vt quisquis alienam hereditatem nullo iure tenuisset, siue bona fide, siue pro prædone, condemnandus esset ad plenissimam restitutionem omnium quæ percepisset, vtpote nullo prorsus iure perceptorum, tametsi ea perceptione nullatenus locupletior factus proponeretur. Quæ res cùm possessoribus omnibus magnum adferret damnum, propterea quòd solent ij quibus hereditas aliqua obtigit, tanquam ditiores facti grauioribus expensis se onerare, dum re sua se abuti putant, putauit Senatus consulendum iis saltem qui bonæ fidei possessores fuissent. Quatenus verò consulendum? An vt etiam lucrum aliquod vel tantillum ex hereditate ad alium pertinente consequi aut retinere possent? Minimè. Sed hactenus tantùm, *ne in totum damno afficiantur, sed in id tantùm teneantur in quo locupletiores facti sunt*. Sic enim idem Vlpianus noster loquitur in hac ipsa lege, in *§. consuluit*. Abundè igitur senatusconsulto satisfactum est, si bonæ fidei possessor qui hereditatem, siue in solidum, siue pro parte alienam consũmpsit totam aut ex parte non versetur in damno, licèt nec lucri quicquam retineat. Atqui in proposita quæstione, tametsi mecum sentias, & bonæ fidei possessorem ad totius residui restitutionem condemnaueris, nullo tamen eum damno affeceris, sed tantùm ei lucrum abstuleris, quod alioqui ex hereditate sibi pro parte delata & acquisita consecuturus erat: quod certè valdè diuersum est, longéque ista differentia, *non in lucro versari & damnum subire, l. 3. in princip. D. de vi & vi armat. l. quod autem 6. D. quæ in fraud. credit.* cum similibus. At si è contrario velis cum Triboniano coheredum quoque portionibus decedere quod hic ex hereditate malè consumpsit, vt non totum residuum, sed eius partem duntaxat siue dimidiam, siue maiorem aut minorem restituat, facies vt versetur in lucro, & aliquid ex ea hereditate retineat, ex qua tamen tantùm consumpserit, quantum partem suam faceret, si nihil consumpsisset. Dices fieri quidem eum locupletiorem, sed ex hereditate ipsa quæ superest, non ex consumptione, Senatusconsulti autem propositum illud fuisse, vt de consumptis ita demum bonæ fidei possessor teneretur, si locupletior factus esset ex ipsa cõ-

ſumptione, quaſi conſumptum videri non deberet quod in proprij patrimonij corpus verſum eſſet vt Papin. loquebatur in *l. idem ſeruandum 72. de legat. 2. l. pater 23. D. de adim. legat.* Fateor, ſed hoc contendo nihil abſurdi fore etiamſi lucrum illud omne quod ex ipſa quoque hereditate retinere velit, ei auferatur. Ne coheredum damno cedat quod ipſe ex hereditate male conſumpſerit, ſed ipſius potius qui conſumpſit, adeóque ad eã vſque partem conſumendi ius habuit. Debet enim illi ſufficere quod nullum idcircò damnum ſentiat, non modò ex conſumptiońe, ſed ne quidem ex hereditate. Ponimus enim non eſſe alieno ære grauatam hereditatem, neque ex alia cauſa obligatum hunc coheredem eundémque bonæ fidei poſſeſſorem, vt quicquam de ſuo præſtet occaſione hereditatis. Alioqui tantò minùs ad eũ ex hereditate perueniſſe dicendum eſſet, *l. qui concubinam 29. §. cùm ita 2. de legat. 3.* libéterque admitterem eo caſu de coheredum quoque portionibus tantum decedere oportere quantum detracta primùm abſumptáque huius portione detrahi neceſſe eſſet, ne in dãno moraretur. Sed vt lucrũ retineat ex hereditate cum damno & diſpendio coheredum qui ob dilapidationem ab eo quantumlibet bona fide factam, portiones ſuas imminutas, tantóque minores conſecuturi ſint, id verò ferre ego nullomodo poſſum: Eſſetque multò conuenientius tantò pauperiorem fieri hunc bonæ fidei poſſeſſorẽ ex totius reſidui reſtitutione, quantò locupletior ex hereditatis acquiſitione factus eſſet, vt in ſumma neque pauperior, neque locupletior factus dici poſſet, vt in ſpecie *l. quod bonis 15. §. ex donationibus. D. ad leg. Falcid.* in illis verbis, *nam ita ſit locupletior, vt tantò pauperior eſſe videatur.* Quinimò quod magis eſt, fieri etiam interdum poteſt vt occaſiõne delatæ hereditatis non ſolum non locupletior, ſed etiã reuera pauperior fiat hereditatis poſſeſſor, nec tamen eò magis retinere quicquã ex hereditate poſſit, tametſi futurũ ſit vt moretur in dãno. Finge lautiùs eũ re ſua vſum contẽplatione illius hereditatis ſibi delatę, nec tamen hereditatẽ attigiſſe: An deducet ex hereditate quod plus impẽdit quàm fuerat impenſurus, ſi non exiſtimaſſet eã ſibi delatã fuiſſe hereditatẽ? Nequaquã vt hac ipſa lege ex eodem Marcello Vlp. ſcribit in *§. ſi quis re ſua.* Finge mutuã eũ pecuniam accepiſſe quaſi ditiorem factũ. Solent enim qui ditiores ſunt, non ſolùm faciliùs inuenire creditores, ſed etiã faciliores eſſe ad pecuniã mutuã accipiendam, quàm facilius quoque ſe reddituros & exſoluturos ſciant. An ſi pecuniã illam mutuã malè cõſumpſerit, tantundem deducet ex hereditate, ne alioqui propter hereditatẽ eatenus pauperior factus exiſtimetur? Minimè, ſed ipſe ſe deceperit, vt Vlp. indubitanter concludit in ſeq. verſ. *ſimili modo.* Quid denique, ſi nõ ſolum pecuniam mutuam acceperit, ſed etiam eius nomine res hereditarias pignori dederit? An non ſaltem hoc caſu tantundem ex hereditate deducet? Id quoque negat Vlp. propterea quòd nec hoc caſu videatur attigiſſe hereditatem cùm ipſe ſit obligatus: non aliter autem deducere quicquam poteſt ex hereditate, quàm ſi eam attigerit. Quantò minùs igitur permittẽdum ei eſt, vt ex coheredũ portionibus quicquam deducat, quandiu aliter, id eſt, ſola propria portione conſumpta, indẽnis ſeruari poteſt? Quid enim aliud, obſecro, poſſit obtẽdere, niſi illud fortaſſe, minùs ſe ex hereditate fuiſſe conſumpturũ, ſi nõ eã totã ſuam eſſe credidiſſet? At quis iudex propitiis auribus eũ audiat, ſi hãc ſuã credulitatẽ falſámq; opinionẽ velit nocere coheredibus, non ne ſibi noceat, ſed vt ſibi etiã proſit, & lucrúmq; etiã poſt conſumptionẽ non tam

tam ex hereditate, quàm ex coheredũ incõmodo consequatur? Aut quęnam maior ratio est, propter quam hoc casu subueniendũ ei sit in præiudiciũ coheredũ, quàm si opinione, & vt lex loquitur, contẽplatione delatę sibi hereditatis lautiùs re sua vsus fuisset? Nã & eo casu perinde verũ est passum eum diminutionẽ proprij quoque patrimonij, contẽplatione hereditatis, licèt eã nullomodo attigerit: nec eo magis tamen, vt ex Marcello & Vlp. diximus, deducere aliquid ex hereditate potest. Quòd si pro eo respõdeas, differentiã inter hos casus illã esse quòd superiore casu hereditatẽ nõ attigit, quã attigit vtique, & ex parte consumpsit in ea specie quã nunc tractamus. Replicabo differentiæ huius effectũ illũ esse debere, vt in hac specie possit deducere ex hereditate quod consumpsit, nec proprij patrimonij iacturã inde vllã subeat, quàm subire cogeretur, si hereditatẽ non attigisset, quãuis non nisi opinione delatæ sibi hereditatis propriũ patrimoniũ diminuisset. Sed non similiter illud etiã consequens esse, vt hoc solo quod hereditatem attigerit, ac ex parte cõsumpserit, debeat ius habere deducẽdi ex coheredũ portionibus, id quod ex propria deducendo possit assequi, vt neque sibi, neque coheredibus dãnum vllũ inferat, sed sua tantùm cõmoda minuat, eiúsque lucri quod ex delata hereditate sperabat, occasionẽ amittat, quã facto suo sibi ipse præripuerit. Et verò si prima illa Vlpiani verba ponderes, *Adeò autẽ si quis locupletior factus non est non tenetur, vt si quis putans se ex asse heredem partẽ hereditatis* (sic enim lego, sublata dictione *dimidiam*, tanquam irreptitia ex glossa interpretis quẽ finis §. *fefellerit.* secundùm ea quæ suprà diximus) *sine dolo malo cõsumpserit, Marcellus tractet, num non teneatur*, facilè animaduertes, Vlpiano visum fuisse mirũ quod Marcellus quæstionem hãc proposuerit, quasi quę dubitationẽ vix vllã haberet. Tantùm abest vt credendũ sit Marcellum pro bonę fidei possessore cõtra coheredes respõdisse de residui dimidia dũtaxat portione iis restituẽda, aut si aliter Marcellus sensit, Vlpianũ à Marcello dissensisse. Illa enim ratio dubitãdi quam Marcellus proposuit, quòd si is qui nulla ex parte heres erat, totum quod apud se fuisset consumpsisset, sine dubio non teneretur, quasi qui nullomodo locupletior factus esset, facillimè dilui potest ex euidenti ratione diuersitatis, quam nec Accursius ignorauit. Cùm enim is qui nulla ex parte heres fuit aliquid vel tantillũ ex hereditate consumpsit, alterutrum euenire omnimodo necesse est, vt vel ex hereditate ipsa deducatur totum id quod consumptum est, vel in damno moretur bonæ fidei possessor, si quantum consumpsit, tantundem de suo patrimonio petitori sarcire & restituere compellatur. Quod non perinde contingit, cùm is qui ex triente heres erat, existimans se solum heredem, totum trientem consumpsit. Is enim non solùm si bessem residui, sed & si totum residuum reddere condemnetur, damnum nullum sentit, cùm nihil aliud amittat nisi portionem illam suam hereditariam quam cõsumpsit, & quam in lucro habiturus erat, si nihil consumpsisset. Contrà verò si totius residui dimidiam duntaxat, aut quam aliam portionem restituat, non modò in damno non morabitur, sed etiam lucrum sentiet, quia quantum ex coheredum portionibus deducet, tantundem ille sibi habebit & retinebit, tanquã ex hereditaria sua portione, quasi quod solus ipse consumpsit, coheredes omnes simul cõsũpsisse intelligãtur: quo neq; absurdius, neq; iniquius, meo iudicio, dici quicquã potest. Nã quod Accursio placet rationẽ illã facere pro bonæ fidei possessore, quòd cùm sit ex parte heres, incertũ est vtrum de suo, id est, de sua dũtaxat portione cõsũpserit an de portionib' coheredũ, ideóq; meritò

constitutum esse vt ex omnium portionibus pro rata decedat id quod consumptum est, Non puto satis probabiliter dici, quia imò verò certum est consumptum esse ex hereditate, non secus acsi possessor sciuisset hereditatis partem duntaxat suam esse: nec potest videri consumptum ex proprio patrimonio possessoris pro vlla parte, tametsi fuerit ille fortassis minùs impésurus, si non nisi partem hereditatis ad se pertinere credidisset. Nec enim sola illa opinio facit quominùs verum sit ex hereditate consumptum. Cur non ergo ex sola consumentis portione potiùs quàm ex iis quæ spectabant ad coheredes quibus nihil penitus imputari possit? Nam & pars hereditatis hereditas est, *l. in singulis* 77. *D. ad leg. Falcid. §. & cum quæsitum Inst. eod.* quémadmodum & pars fundi rectè fundus appellatur, *l. planè* 34. *§. vlt. de leg.* 1. nec eò minùs verum erit consumptum ex hereditate quod habebitur pro consumpto ex sola consumentis hereditaria portione. Quod verò Accursius addit, mediam viam sequendam esse, ridiculum est. Solet enim dici, nec illepidè minùs quàm verè id esse iudicium rusticorum & imperitiorum, nisi ratio iuris mediam illam viam eligi suadeat, quod interdum euenit, vt in *l. vlt. D. de iur. fisc.* In proposito autem non maior ratio est, vt bonę fidei possessor residui partem quàm vt totum residuum retineat. Neque puto Marcellum de eo dubitasse, quamuis sub Vlpiani nomine ita referat Tribonianus. Cui nimirum familiare est, vt suis opinionibus in Iureconsultorum responsa obtrudendis fenestram patefaciat, ea corrumpere, & quod illi pro certo habuerunt, sic exprimere, & immutare, quasi de eo dubitasse existiméntur, vt videre est ex tot Tribonianismis à nobis iam antehac obseruatis. Sicut & vsitatum ei est mediam viam sequi, & mediocritatis laudem ambire in temperamentis plerisque inducendis, quæ tanquam à iuris ratione prorsus abhorrentia prudentibus placere nunquam potuissent, vt in *l. filio* 7. *D. vt legat. nom. caueat.* de qua scripsimus lib. 12. cap. 17. & aliis penè innumeris iuris nostri locis. Fefellit haud dubiè Tribonianum vt & Accursium, quod ex rescripto Diui Marci scriptum & constitutum legimus in *l. Titius* 54. *D. ad S C. Trebell.* de facienda deductione in illius legis specie tam ex hereditate quàm ex patrimonio heredis. Quasi verò rescriptum illud Diui Marci quid simile aut commune habeat cum proposita quæstione. Quod tamen quàm alienum sit, apparebit facilè ex iis quæ proximo capite differemus, vt ab eiusdem Triboniani inscitia vindicemus Vlpianum nostrum, cuius etiam præclarum responsum corrupit ille in alia quæstione de qua in *§. quod autem*, immediatè seq. Vlpianus tractat. Tantò enim clariùs apparebit, non sibi temperasse hominem, cui hac in re licebat quicquid licebat, quin hîc perinde ac illic impias & prurientes manus Vlpiano inferret.

Alia Triboniani additio in ead. l. sed etsi lege §. quod autem quis.

CAPVT III.

Caput hoc interserere cogimur, non solùm vt quæ proximè disputauimus, appareant probabiliora, sed etiam vt nobis tam sæpè Triboniani audaciam simul & inscitiam accusantibus tantò maior adhibeatur. Præter id quòd hic §. & ex eadem lege est, ex qua is quem superiore capite emédauimus, & quod magis.

magis est eadem ferè orationis serie illi coniunctus. Quærit Vlpianus, An quod bonæ fidei possessor ex hereditate erogauit, totum decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij possessoris. Vt puta, inquit, penum hereditarium ebibit, vtrum hereditati totum expensum feretur, an aliquid & patrimonio eius? Vt nimirum in id locupletior factus videatur, quod solebat ipse ante delatam hereditatem erogare: Id est, vt si quid lautiùs contemplatione hereditatis impenderit quasi iam ditior, in hoc non videatur factus locupletior. Institutis verò suis sumptibus, hoc est, qui constitutam ac penè taxatam habent quantitatem, vt in familia benè composita & ordinata fieri solet, videatur locupletior factus. Vtique enim etsi non tam lautè erogasset, aliquid tamen ad victum quotidianum erogasset. Qua ex ratione apparet non obscurè, Vlpianum ad propositam quæstionem respondere, vt prudentibus nostris plerunque moris est sententiam suam tacitè quoque insinuare, sola expressione rationis, propter quam ita sentire quisque debeat. Neque puto aliud quicquam eum subiunxisse quòd ad propositam quæstionem pertineret, quia nec fuit necesse. Itaque quicquid in hoc §. sequitur, dico Triboniani esse non Vlpiani, quod & contextus ipse verborum facilè indicabit, & ratio ipsa iuris, nisi me fallo. Verba hæc sunt, *Nam & Diuus Marcus in causa Pythodori qui rogatus erat quod sibi superfuisset ex hereditate reddere, decreuit ea quæ alienata erant, non minuendi fideicommissi, nec precium in corpus patrimonij Pythodori redisse, & ex proprio Pythodori patrimonio, & ex hereditate decedere, non tantùm ex hereditate.* Idem sanè rescriptum Diui Marci à Papiniano relatum est in *l. Titius 54. D. ad SC. Trebelli.* vbi tractans de fideicommisso quo quis rogatus est restituere, *quicquid ex hereditate superesit*, scribit Diuum Marcum credidisse huiusmodi fideicommissi verbis bonam fidem inesse, & arbitrium boni viri, quod & ab eodem Papiniano scriptum est in *l. 3. §. nonnunquam. D. de vsur.* & ideò iudicasse erogationes quæ ex hereditate factæ dicebantur, non ad solam fideicommissi diminutionem pertinere, sed pro rata patrimonij quod heres propriũ habuit, distribui oportere. Quod non tantùm æquitatis ratione, sed exemplo quoque motum Imperatorem fecisse Papinianus ait. Cùm enim, inquit, de bonis ab emancipato filio conferendis fratribus quæreretur, pręcipuum autem quod in castris quæsitum fuerat militi, relinqui placeret. Consultus Imperator sumptus quos miles fecerat, non ex eo tantummodò patrimonio quod munus collationis pati debuit, sed pro rata etiam castrensis pecuniæ decedere oportere constituit. Sed quid habent ista commune cum ea quæstione quam Vlpianus tractat? Nam rescriptum Diui Marci rationem præcipuam habet ex bona fide, cui certè non conuenit nec arbitrio boni viri, vt quicquid impendit heres rogatus de restituendo omni eo quòd ex hereditate superesset, videri debeat ex solo fideicommisso impendisse, ne alioqui eueniat facilè vt fideicommissi vtilitas tota pereat fideicommissario. In quo etsi nihil fieret contra testatoris voluntatem, si fraus nulla interueniret, ita scilicet ferente condicione fideicommissi, & ipsa verborum quibus relictum est, conceptione, non tamen satis bona fide videtur facere heres qui sumptus omnes à se factos fideicommissario imputare vult, sibi nullos. Præsertim verò si per eam imputationem futurum sit vt fideicommissum illusorium fiat, & ad nihilum prorsus aut penè redigatur. Quod ne eueniat, visum tandem est Iustiniano constituendum esse vt quisquis rogatus

est reddere quod supererit ex hereditate, non nisi ad dodrantem vsque alienare possit, quadrantem verò illibatum fideicommissario seruare omnimodo teneatur, præterquã si ex causa dotis vel donationis propter nuptias, vel redẽptionis captiuorũ, vel denique sumptuũ ad alimẽta necessariorũ quadrantis quoq; diminutionẽ fieri necesse sit *Nouell.* 108. *de rest.* vnde sumpta est *Auth. contrà cũ rogatus. C. ad SC. Trebell.* Qua in cõstitutione meminit Iustinianus supradictæ Papiniani sententiæ, itémque rescripti Diui Marci, sed ita vt & prudentissimum Iureconsultum, & Imperatorem optimum ridere videatur. Etsi enim laudat Papiniani dictum tanquam sapientissimum in eo quod heredi sic, vt diximus, grauato permittit alienationes, reprehendit tamen quòd is velut ex studio in ænigmate proposuerit, vt tunc solùm oporteret prohiberi alienationem, cùm ad soluendum fideicommissum ex studio fierent ab eo qui esset oneratus, quasi hac in re nimis difficile sit probare, adeóque inuestigare qua mente & quo animo accedat heres grauatus ad alienationem an bona fide, an gratia interuertendi fideicommissi. De Diuo autem Marco sic Iustinianus ibidem subiicit, *Et tanquam philosophatus inter Imperatores Marcus tali quodam proposito casu viri boni arbitrium videri inesse talibus verbis disposuit.* Proinde dubitandum non est quin post eam constitutionem nullus rescripto Diui Marci, aut Papiniani sententiæ locus relinquatur. Duriórque hodie sit condicio heredis ita grauati, quàm olim esset in eo quod vsque ad dodrantem duntaxat ius alienandi habet. Et cõtrà, eiusdem quoque melior in eo, quod vsque ad dodrantem liberam habet alienandi facultatem, nec facti aut iuris quæstionem pati potest an ex arbitrio boni viri alienatio facta sit néne. Cui consequenter euenit vt sumptus omnes quos ex fideicommisso erogauit, dum ne dodrantem excedant imputandi sint fideicõmisso in solidum, nec vt anteà pro rata patrimonij quod heres habuit, distribuendi. Quod ius nouum etsi neque ratione aliqua iuris nititur, neque testatoris voluntate, quæ si fideicommissi verba inspicias potiùs repugnat, mihi tamen non reprehendendum, idcirco videtur, quòd certè quàm plures, ne dicã innumeras dirimit facti quæstiones, vt de quadã Iuliani sententia Vlp. scribit in *l. 1. §. si heres. D. ad SC. Treb.* Quanquã nõ puto ea Nouella Iustinianũ Papiniani, Marciq; mentẽ satis percepisse: nõ enim ad eas alienationes rescriptũ Marci pertinebat, quę interuertendi fideicõmissi cõsilio factę essent, quas vtiq; cõstabat fideicõmissario nocere nõ debere, ne ex parte quidẽ, *l. deducta* 58. *§. vlt. ad SC. Treb.* Sed ad eas quæ sine dolo malo factę proponerentur, propterea quod cessante quoq. fraudis consilio & studio, vt loquitur Iustinianus, id tamẽ adhuc bona fides exigere videretur, vt ex vtriusq. patrimonij quãtitate erogatũ dici deberet quod bona fide per heredẽ grauatũ erogatũ fuisset. Quod & verba illa nostri §. demõstrant, *ea quæ alienata erãt nõ minuẽdi fideicõmissi.* Cęterũ negari nõ potest, quin Marci rescriptũ à Papin. tãtoperè laudatũ, sũma ęquitate niteretur, ne grauatus heres tã facilè iniret alienãdi cõsiliũ, qui od videret tametsi ex bona fide rẽ gereret, nõ minus sibi quàm fideicõmissario captiosum fore. Summa verò stri ctáque iuris ratione nõ nitebatur, quia si nihil nisi fideicõmissi verba inspiceres, nõ poterat videri rogatus de vlla re restituẽda is, qui nõ aliud restituere rogatus erat quã quòd ex hereditate superesset, si tota hereditas alienationibus exinanita fuisset, dũ ne quid dolo malo factũ probaretur. At in ea specie quã nos ex Vlpiano hũc tractamus, id est, cũ bonę fidei possessor erogauit ex hereditate penũ aut quid aliud quod etiamsi nulla delatæ hereditati s

opinio superuenisset, de suo tamē aliquatenus erogare debuisset, nō tā ęqui tas quā stricta iuris ratio facit, vt quòd ad victū quotidianū sumptúsque in eā rē necessarios erogaturus fuerat, restituere debeat petitori, cui & reliquū omne quod ex hereditate percepisset restituere deberet, si non aduersus nimiū hunc iuris rigorē, auxiliū ei propter bonā fidē porrigeret æquitas senatusconsulti, quæ hactenus consuluit omnibus bonæ fidei possessoribus, vt nō nisi in quantū ex hereditate locupletiores facti sunt, restituere teneātur, quemadmodū superiore cap. dicebamus ex §. *consuluit*, eiusd. legis. Itaque ratio illa quam Vlpianus adfert, quòd possessor hic in tantū locupletior factus videatur quantū de suo erogaturus erat ad victū quotidianū, si hereditatem non possedisset, non sic accipienda est quasi strictū ius hoc sit propter quod debeat ille teneri (stricti nāque iuris ratio ob quā tenetur vna illa est, quòd quicquid ex hereditate ad se non pertinente erogauit, ex re aliena erogauerit) nec rursum ita interpretāda vt nudæ æquitatis ratio sit, tanquā deficiēte, vt aliis plerisque casibus summo iure, sicut in specie, *l. 2. §. itē Varus* vers. *quamquam. D. de aqua & aqua pluu. arcēd.* (neque enim æquitatis auxilio indiget petitor, qui ipso iure tutus est, & securus) Sed eò pertinet, vt appareat possessorem hunc conuentum petitione hereditatis ad restitutionē eius totius quantitatis, quam ex hereditate erogauit, tametsi æquitatē senatusconsulti possit implorare, ne in dāno versetur, id est, vt nō in plus condēnetur, quàm quo locupletior factus est, pro ea tamē parte quā de suo erogare omnimodo debuisset, senatuscōsulto iuuare se non possit, cuius quippe æquitas potestásque deficiat, propterea quòd eatenus saltem locupletior factus ille sit: Qua porrò senatusconsulti æquitate ac potestate deficiēte, illud vnū superest, vt eatenus quoque possessor nō solùm summo iure, sed vtiliter quoque & efficaciter possit cōueniri: perinde acsi quod ad hāc petitionis partē attinet, senatusconsultū nullū extaret. Ex quo alia etiā diuersitas, eáq; longè maioris momenti colligi potest inter hanc speciē & illā, de qua Marcus rescripsit. Nā ex rescripto Diui Marci quod erogatū est ex bonis fideicōmissariis quantulibet bona fide, nō solùm fideicōmisso decedit, sed etiam proprio heredis patrimonio pro rata vtriusque patrimonij quantitate, vt Papinianus tractat in *d. l. Tuius*. Itaque si ponas, vt exemplo res sit illustrior, æqualē esse vtriusque patrimonij æstimationē, æqualiter quoque decedet ex fideicōmisso, & ex patrimonio heredis, id quod fuit alienatū. Finge mille esse in fideicōmisso, mille in bonis heredis, alienatū vero fundum qui dignus fuerit aureis cētū. Quinquaginta ex fideicōmisso, quinquaginta ex patrimonio heredis deducentur. At apud Vlpianū nec fit, nec fieri, aut summo iure aut ex æquitate potest eiusmodi distributio pro rata patrimonij quod habuit bonę fidei possessor Eadē nāque specie retēta, quod ad ęqualē vtriusq; patrimonij æstimationē, si fingas possessorē consumpsisse ex penu hereditatis ad centū vsque aureos, qui si nō lautiùs contemplatione delatę hereditatis re sua vsus fuisset, viginti dūtaxat de suo impēdisset. Nego debere ex eius patrimonio deduci quinquaginta. Sic enim fieret vt cōtra verba mentē & æquitatē senatuscōsulti teneretur de cōsumptis, suprà quā locupletior factus esset. Quid ergo? Viginti tantùm deducerentur, quoniā eatenus tātùm locupletior effectus dici potest, cùm non plus de suo patrimonio fuerit impensurus. Idque ex primis ipsius §. verbis tā apertè sequitur, vt nihil meo iudicio dici possit apertius. Vnde facilè nec inuitus in suspicionem venio, prima etiam illa verba, totū denique §. Triboniani esse non Vlpiani. Nō enim

nisi inepte ita concipi quæstio potuit, An quòd bonæ fidei possessor ex hereditate erogauit, totum decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij possessoris. Primùm, quia sic proposita generaliter quæstio, non tantùm ad hunc casum pertineret, sed ad omnes etiam cæteros in quibus hereditatis petitione ageretur: Dicendúmque esset si exemplum rescripti Diui Marci ad rem faceret, quicquid bonæ fidei possessor ex hereditate quam ad se pertinere crederet, expendisset partim hereditati, partim proprio eius patrimonio decedere oportere: quod tamen neque vsquam constitutum legimus, neque alio loco in dubitationem deductum. Obstat enim authoritas Senatusconsulti: quo, vt dixi, succursum est ex æquitate bonæ fidei possessoribus contra summi iuris asperitatem, ne nisi quanto locupletiores facti sunt restituere teneantur: vt proinde non iam de illo quærendum sit quid & quantum sit in hereditate aut in patrimonio heredis, sed in quantum factus sit locupletior is cui hereditas euincitur. Deinde nō ita scribendum erat, *an totum decedat ex hereditate, an pro rata patrimonij possessoris*, sed sic potiùs, *an pro rata hereditatis*, aut si mauis, *an verò pro rata ex patrimonio possessoris*. Implicat enim contradictionem, aut certè pereuidentem absurditatem, vt dicamus fieri deductionem ex hereditate pro rata patrimonij bonæ fidei possessoris. Distributio illa dicenda esset non deductio, & consequenter ad vtrumque patrimonium non ad solam hereditatem referenda, si quis cū Papiniano in *d.l. Titius*, loqui vellet. Sed & subiectum exemplum de penu hereditaria ebibita, prorsus alienum est à proposita quæstione, & quæstio ipsa specialis, quæ circa exemplum versatur differens omnino à generali. Specialis enim illa est, vtrum quod ex penu hereditaria ebibitum est, totum hereditati expensum feratur, an & aliquid patrimonio possessoris. Aliquid, inquam, id est, vt sequentia explicant, pro rata statutorum sumptuum portione, quos etiam nulla hereditatis delatæ opinione deceptus, ille de suo erogare necessariò debuisset. Cui & subiecta confirmatio illa conuenit, *vtique enim etsi non tam lautè erogasset, aliquid tamen ad victum quotidianum erogasset*. Si aliquid duntaxat, Ergo non omnimodo pro rata patrimonij ea distributio fieri debet. Non enim rata portio patrimonij dicitur ex eiusmodi sumptuum necessariorum proportione, sed ex hereditatis comparatione, quę tamen nihil commune habet cum iis sumptibus, quos nulla quoque interueniente hereditatis contemplatione fieri necesse fuisset. Illa igitur prior quęstio generalis, *An quod bonæ fidei possessor ex hereditate erogauit, tantùm decedat ex hereditate, an verò pro rata patrimonij possessoris*, non modò superflua est, sed etiam inepta, & de qua vix dicere vnquam possis ad quam speciem accommodanda sit, nec si aliud exemplum perquiras quàm quod de penu hereditaria sub Vlpiani nomine Tribonianus hîc proposuit. Taceo quod *penum* in masculino aut neutro genere neque Vlpianus, neque alius quisquam ex prudentibus, aut probus latinitatis autor vnquam dixit, quomodo hîc Tribonianus *penum hereditariū*, sed semper in fœminino, vt videre est in *l.1.& tot.tit. D. de penu legat. l.1.§.item si ita. D. ad leg. Falcid. l. cum fine* 19. *l. si penum* 24. *D. quand. dies legat. ced.* & aliis omnibus locis quotquot in iure nostro sunt de penu tractantes. Sed & verba illa mihi non parum suspecta sunt, *in statutis sumptibus*, pro eo quod Tribonianus dicere voluit, *in necessariis*. Nusquam enim alibi sic locutos video Iurecōsultos, qui tamen de necessariis sumptibus tam frequenter tractant, vt nihil apud eos

sit

sit frequentius. Neque verò fieri potest vt necessarij sumptus certi sint & statuti, quantumuis diligens & prouidus paterfam. proponatur, cùm pro tẽporum & emergentium in dies casuũ varietate, plus minúsve quotidie impendatur. In sequenti verò clausula, quam nos initiò capitis Triboniani esse certiùs affirmauimus, nemo non videt græcismum Triboniano qui Grecus fuit familiariorem quàm Vlpiano in illis verbis, *non minuendi fideicommißi*. Adiecisset enim Vlpianus *gratia* vel quid aliud simile si Papinianeam elegantiam inuitari voluisset. Nam Papinianus in *d. l. Titius*, ita scribit *si non interuertendi fideicommißi gratia*. Quis verò siue græcus siue latinus grãmaticus construere vnquam possit contextum illum verborum *decreuit ea quæ alienata erant non minuendi fideicommißi, nec precium in corpus patrimonij Pythodori redusse, & ex proprio Pythodori patrimonio decedere & ex hereditate*. Quid enim est ad quod referre possis verbum *redusse?* Sed etsi legas rediisset, nihil tamen profeceris, nisi in præcedentibus quoque aliquid immutes aut suppleas. Sed omissa huiusmodi verborum obseruatione, videamus de reliqui §. sententia, quídve tãdem Tribonianus ex illo diui Marci rescripto inferre velit. Subiungit enim, *Et nunc igitur statuti sumptus vtrum ex hereditate decedent, exemplo rescripti Diui Marci, an ex solo patrimonio videndum erit*. At quænam obsecro noua hæc quæstio est, siue priorẽ pro decisa velis haberi, siue pro indecisa? Prior enim illa generalis concepta iis verbis, *An quod bonæ fidei possessor ex hereditate erogauit totum decedat ex hereditate an verò pro rata patrimonij possessoris* vtiq. ad sumptus omnes pertinebat quos possessor fecisset, adeóque totos ex hereditate ipsa erogasset. Subsequens autem quæstio quam suprà diximus specialiorẽ esse, & ad propositum exemplum accõmodatam De penu hereditaria ebibita. Vtrum hereditati totum id expensum ferri deberet, an & aliquid patrimonio possessoris, ad omnes sumptus similiter non ad statutos tãtùm pertinebat, vt probat dictio *totum*. Eamque quæstionẽ specialiorem & strictiorem diximus, non eo respectu quasi non sit de omnibus sumptibus, sed quia cùm in priore quæreretur An sumptus illi ex hereditate facti, pro rata vtriusque patrimonij distribuendi essent, in hac dubitatur duntaxat An eatenus deducendi sint ex proprio possessoris patrimonio, quatenus fuerat ille de suo erogaturus. Quod in exẽplo à nobis proposito multo minus erat, quàm si pro rata vtriusque patrimonij esset distributio facienda. Posuimus enim æqualem fuisse & hereditatis & proprij patrimonij æstimationem. Vtramque videlicet mille aureorum, Erogatos autem fuisse ex penu hereditaria centum aureos à possessore, qui si ex delata sibi hereditate factum se ditiorem non putasset, viginti tãtum de suo impensurus fuisset. Aliud porrò longéq. minus est quærere, An viginti duntaxat ex proprio illius patrimonio deducenda sint, quod omnimodo dicendũ est, cùm eatenus tantùm locupletior factus videri possit, An potius quinquaginta, quod vtique probandũ esset si exemplum rescripti Diui Marci ad hanc speciem trahi posset? Quanquam & è contrario eueniret vt possessori esset longè cõmodius & vtilius pati deductionem pro rata sui patrimonij quàm pro rata sumptuũ quos de suo facere debuisset si poneres multò minùs esse in eius patrimonio, quàm in hereditate, impẽsam autẽ quam de suo facere omnimodo debuerit ex causa aliqua inopinata, maiorẽ esse vt cõtingit, plerũq. grauioribus expẽsis quẽ inuitũ onerari quàm facultatũ suarũ modus patiatur. At quę in proximè relata clau-

sula vltimo loco proponitur quæstio nō ad omnes sumptus pertinet qui ex hereditate facti sint,sed ad eā tātùm partem quæ necessariis,& vt Tribonianus loquitur,statutis sumptib.imputari possit.Itaq.pro reliqua sumptuū parte nō dubitat Tribonianus,quin tota hereditati expēsa ferri debeat. Et cōsequēter cùm de statutis dūtaxat sumptibus quærat quorū respectu iā diximus locupletiorē factū possessorē,nullus quoq. dubitādi locus super est quin deduci nō debeāt ex hereditate,De illo verò queri multò minùs potest,An pro vtriusq.patrimonij rata sint distribuēdi exemplo rescripti D.Marci,cùm hereditatē minuere nūquā possit cōsumptio ex qua possessor locupletior factus sit.Proinde tātò clariùs apparet causā hic nullā fuisse propter quā deberet Tribonianus abuti rescripto illo D.Marci quod nihil aliud præterquàm sumptuū pro rata vtriusq.patrimonij distribuēdorum æquitatē induxit.Sed multò absurdius illud est quod ita loquitur *& nūc igitur statuti sumptus vtrū ex hereditate decedent exemplo rescripti D.Marci.* Quasi verò D.Marcus cōstituerit vt sumptus facti ab herede rogato de restituēdo omni eo quod ex hereditate supererit,deducēdi sint ex hereditate,ac nō potiùs ex cōtrario vt deduci debeāt ex patrimonio heredis saltē pro rata,cùm anteà nō nisi ex hereditate deducerētur.Quamuis.n. etiam post rescriptū illud deducātur partim ex hereditate,nō tamē autoritate rescripti id fit sed iure cōmuni, quod ante rescriptū quoq.obtinebat,vt verò non ex hereditate omnes deducātur, sed partim ex proprio heredis patrimonio,factū est &cōstitutū à D.Marco.

Quid verò tandē respondet cōcluditq. nouus hic noster Vlp. *Et verius est,* inquit,*vt ex suo patrimonio decedat ea qua etsi non heres fuisset erogasset.* Malus profectò grāmaticus in illis verbis,*ex suo patrimonio*,scribēdū enim fuerat *ex eius* si Vallā cōsulimus autPriscianū.Malus etiā Iurecōsultus in eo quod scribit *etsi nō heres fuisset*.Quasi bonæ fidei possessor, hoc ipso etiā heres fuerit quod se herc.'ē esse existimauit,licèt ad aliū pertinuerit hereditas. Sed pessimus deniq. in eo,quod vult ex patrimonio huius possessoris ea decedere, quæ fuerat erogaturus etiāsi heredē se nō putasset.Etenim nō negem eatenus hūc teneri,quatenus de suo impensurus fuit , nego tamen ex eius patrimonio quicquā ideò deduci:Sed hoc contendo, Teneri eū petitione hereditatis,vt quod ex hereditate percepit & erogauit, restituat pro rata sumptuū quos de suo erogare debuisset,tanquam eatenus locupletior factus, ac proinde cōdemnandum illū esse ad eā restitutionē nō quasi ex proprio patrimonio,sed vt ex hereditate ipsa faciēdā,quia neq.ex hereditate absumptū & diminutū videri debet,quod in corpus patrimonij versum est,vt superiore capite dicebamus ex Papiniano in *l.idē seruādū 72. De leg. 2.l.pater 23.D. de adim.lega.* Facit nō inelegāter,quod Paulus scribit in *l.pen.in fi.D.de reb. cor.qui sub tutel.* Non valere quidē venditionē fundi pupillaris , licèt exsoluendi æris alieni gratia factā , si ex cæteris eius facultatibus solui æs alienū potuit,sed etiāsi exsolui potuerit, si tamē illę res saluæ erūt ex quarū precio æri alieno satisfieri potuit , exceptionē doli obstaturā pupillo qui lucrū captet ex damno alieno. Similiter igitur quod saluū est totū patrimoniū huius possessoris qui ex hereditate penū erogauit quam alioqui de suo erogaturus fuit, facere debet,nō vt ex ipsius patrimonio quicquā deduci debeat, sed vt tāto locupletior factus existimetur ex ipsa hereditate, ideoq. id restituere debeat,nō tāquā suū,licèt de suo,sed tanquā hereditariū.Deniq.aliud est sumptū expensum ferri patrimonio possessoris, Aliud verò de ipsius patrimonio deduci.Cum dicimus expēsus ferri patrimonio possessoris,hoc significamus intelligi illū factū locupletiorē ex hereditate quæ fecit vt patri-

moniũ integrũ potuerit ille sibi cõseruare, quod alioqui diminutionẽ ex eo sumptu passurũ erat. At si ex patrimonio deduceretur, neque ex hereditate factus idcirco locupletior possessor dicẽdus esset, qui tantò pauperior fieret in proprio patrimonio *arg. l. quod bonis 15. §. ex donationib. D. ad leg. Falcid.* neque ob eã causam petitione hereditatis cõueniri posset, sed alia actio quę rẽda esset quæ vel in ipsius personã vel in patrimoniũ ipsum dirigeretur, cũ petitio hereditatis nihil nisi hereditatẽ persequatur. Atqui dubitandũ nõ est in proposita specie quin quod ex penu hereditaria consumpsit bonæ fidei possessor ad exhibendã familiã quatenus de suo in eã rẽ omnimodo erat impẽsurus, tanquã eatenus locupletior effectus, reddere debeat iudicio petitionis hereditatis. Nõ igitur ea Vlpiani sentẽtia esse debuit aut potuit, vt ex possessoris patrimonio idipsum deduci oporteret. Nã etsi poneres aut nullum ipsius esse patrimoniũ, aut tã exiguũ, vt necessariis sumptibus ferẽdis impar foret, nõ eò minùs condẽnandus esset petitori, & quidẽ actione illa petitionis hereditatis. Cùm tamẽ si ex eius patrimonio deduci ea quãtitas deberet, nõ magis condemnari posset quàm deductio fieri ex patrimonio quod vel nullũ, vel minùs idoneũ esse proponeretur *arg. l. pen. versf. quare si nulla D. de reb. cred. l. 1. l. quòd si nulla 8. D. de hered vel act. vend. l. eo tẽpore 50. D. de pec. l. filius fam. 19. de in rem vers.* Credibile autẽ est Tribonianũ cùm præcedẽtis §. de quo superiore cap. diximus, sentẽtiam corrũperet, eadẽ manu vel totã hãc quæstionẽ quasi coniunctã & finitimã de suo sub Vlpiani nomine intexuisse, vel contextũ Vlpiani, si quid ille hac de re rescripserat, quod minùs credò, corrupisse, & ad animi sui sensum potiùs quàm ad iurisprudẽtię rationem accõmodasse: captata etiã occasione proferẽdi rescripti Diui Marci, vt solet ille huius potissimùm Imperatoris & Diui Pij rescripta referre, eáque sub prudẽtũ autoritate ad alias species quãtũlibet dissimiles extẽdere. Quod ab eo factũ esse in specie *l. Pamonius Annius 86. D. de acquir. her. & l. Paphinio 39. de legat. 3.* nos docuimus & probauimus lib. 14. cap. 1. & 3. Sed addamus etiã aliud exẽplum nobilius, necdũ, quod miror, ab interprete vllo obseruatũ, vt appareat quàm infeliciter Triboniano tãta cesserit audacia. Depromemus ex *l. mulier quæ duobus 22. D. ad S C. Trebel.* Sed quoniam arduus, ne dicam audax quoque hic noster conatus est, priùs dicendum nobis est de sententia *§. Diui 1. l. filiusfamilias 114. de leg. 1.* vt quæ posteà contra Tribonianũ disputaturi sumus veriora cognoscantur.

Ad l. filiusfam. 114. §. Diui 1. de leg. 1. CAP. IIII.

REFERTVR in hoc §. probatúrque à Marciano rescriptũ Impp. Seueri & Antonini quò placuit, eum qui rogatus esset sub cõdicione fratris sui filiis restituere, ante diẽ fideicõmissi cedentem ne quidem ex eorũ volũtate posse restituere his in potestate patris agentibus *cùm possit*, inquit Marcianus, *die fideicommissi cedente sui iuris constitutis ipsis debere restitui, vel si aliquis ex his decesserit, non omnibus.* Sẽsus non est obscurus, sed ratio non ita aperta est. Sensus est, Heredi rogato hereditatem restituere sub ea fortassis condicione *si nauis ex Asia veniret*, non esse permittendũ vt ante condicionis euentũ restituat fideicõmissariis qui adhuc sint in patris sui potestate, nec si velint ipsi, & cõsentiant, an propter eam rationem quæ prima facie occurrit, quod futurum sit vt filiis fiat iniuria si per eos acquiratur patri fideicõmissum, quod iis relictum fuit nõ patri? Minimè, nã neq. volẽtib. & cõsentientib. iniuria vlla facta dici posset *l. in diem 9. D. de aqua & aquæ pluu. arc. l. nemo videtur 145. De regul. iur.* neque dubitandum esset quin si durante patria potestate condicio eueniret,

alitérve dies fideicommissi cederet, non eò minùs tunc restitui fideicommissum deberet quod futurum esset vt patri per filios acquireretur, *l. cum filiosfamilias* 11. *De legat.* 1. Sed quod ante condicionis euentum hereditatis restitutio fieri non possit ex voluntate testatoris qui non nisi sub ea condicio ne fideicommissum reliquit, adeò vt ex eiusmodi præmatura restitutione, quāuis facta consentientibus iis omnibus quorum potest interesse, nō transferantur actiones, quia non ita restituitur hereditas vti testator rogauit. Inquit Caius in *l. sed etsi ante diem* 10. *D. ad SC. Trebel.* haud secus acsi sub cōdicione heres scriptus pēdente condicione restitutionem facere paratus esset. Is enim nihil ageret, vt loquitur Vlp. in *§. vlt. l. praced.* quod ego sic intelligo etiāsi cōsentire is ad quem deficiēte condicione hereditas siue ex testamento, siue ab intestato peruenire deberet: Nimirum quoniam actionū hereditariarum translatio fieri nulla potest nisi ex Senatuscōsulti Trebel. autoritate *l. 1. l. 4. l. mulier* 22. *§. vlt. & pass. D. ad SC. Trebel. §. & Neronis quidē tēporib. Inst. de fideic. her.* Trebellianum autem senatusconsultum de iis tantum locutū esse qui fidei suæ commissum sicuti rogati essent, restituissent, vt ex iis senatusconsulti verbis apparet, quæ Vlpianus refert in *d. l. 1. §. 1.* Porrò nō restituit sicuti rogatus est, qui cùm sub condicione rogatus sit, ante condicionis euentum restituit, nō magis quàm si Titio hereditatem restituere rogatus, restitueret Sempronio, quamuis ex Titii voluntate. Quæ sententia & ratio Marcelli est in *l. si mulier* 59. *§. ex asse. D. de iur. dot.* vt scripsimus lib. 5. cap. 7. Proinde cùm ex eiusmodi restitutione tanquā contra testatoris voluntatem facta, & senatusconsulti auxilio destituta nō transferantur actiones, necessariò consequens est vt per eam non liberetur is qui hereditatem ex fideicommisso restituere debuit, tametsi filiis ipsis & petentibus & vrgentibus restituerit ante condicionis euentum. Siue iam tùm fuerint illi patria potestate liberati per mortem patris aut per emancipationem, siue eo restitutionis tempore fuerint adhuc in sacris patris cōstituti. Vtroque enim casu eadem ratio locum habet. Ideóque existente quandoque condicione si tunc reperiantur illi esse sui iuris, perinde agent ex fideicommisso acsi nulladum hereditatis restitutio facta esset. Id enim est quod ait Marcianus *cùm possit die fideicommissi cedente sui iuris constitutus ipsis debere restitui.* Cur verò addidit *sui iuris constitutis*, si verum est quod proximè diximus, nihil interesse an præmaturæ restitutionis tempore sui iuris fuerint néc ne? Nempe quia si eo tempore quo fideicommissi dies cederet, essent illi adhuc in patris potestate, persecutio fideicommissi non posset iis competere, sed ex ipsorū persona patri, qui porrò restitutionem illam quantumlibet præmaturè factam, cuius fructum & commodū percepisset, improbare nullomodo posset. Cur enim ei permitteretur vt alienum factum improbaret, ex quo lucrum ipse sensisset? *arg. l. si extraneus* 33. *vers. nec enim quisquā D. de iur. dot.* Itaque sicut ratā restitutionē habere cogeretur, ita & ex post facto translatio actionum iam inde ab initio facta intelligeretur, quemadmodum si filii ipsi cedente fideicommissi die sui iuris constituti eam restitutionem præmaturè ac in patris commodum factam ratam haberent, *dicta lege sed etsi ante diem decimum in fine.* At non illa tantùm ratione mouetur Marcianus vt probet rescriptum Imperatorum, nec patiatur ante condicionis euentum restitui hereditatem filiisfamilias etiam volentibus, quòd possit die fideicommissi cedente sui iuris constitutis ipsis debere restitui, vt di-

vt diximus, sed illa etiam quæ ad rem nostram magis pertinet, quòd si quis ex fratribus confideicõmissariis prædecederet, siue durante adhuc siue sublata iam patria potestate, prius tamen quàm fideicommissi condicio existeret, fideicommissum ei soli restitui deberet qui euenientis cõdicionis tempore superesset, atque ita appareret male anteà restitutum omnibus fuisse fideicommissum quod non omnibus debitum fuisset. Quę ratio iis Marciani verbis expressa *vel si aliquis ex his decesserit, nõ omnibus*, multò generalior & potentior est quàm prima, ad præmaturam fideicommissi restitutionem impediendam. Primam enim bonam facit sola iuris subtilitas potiùs, quàm aut æquitas aut voluntas testatoris, si tractemus de hereditate cuius præmaturam restitutionem illud duntaxat impedire debeat, quòd fideicommissi dies nondum venerit, puta rogato herede vt post decẽnium restituat hereditatem. Nam si vel citra senatusconsulti autoritatem translatio actionum fieri posset, vel senatusconsulti verba paterentur vt ante diem quoque restituta hereditate actiones transferrẽtur, vtique voluntas testatoris non repugnaret, cõsentientibus saltẽ iis omnibus quorũ interesset. Vt dici solet cùm fundus extra familiã alienari prohibitus, ex cõsensu omnium qui de familia sunt alienatur, *l. nihil proponi* 120. §. 1. *De legat.* 1. *quoties ab omnibus* 11. *C. de fideic.* Etsi namque senatusconsulti verba ideo obstant ne translatio actionũ fiat hereditate ante diem restituta, quòd eo casu non sic restituatur hereditas quomodo testator voluit, vt diximus, si tamen quæratur, quamobrem eiusmodi restitutio præmatura non valeat, ex eáque trãslatio actionum nulla fiat, non illa ratio adferri potest quod voluntas testatoris repugnet, aut vtilitas fideicommissarij cui prospicere testator voluerit (vtrique enim plus quàm satisfacit is qui post diem restituere rogatus ante diem restituit, quia & plus præstat quàm debeat, nisi proponeres ipsius fideicommissarii potiùs quàm heredis gratia diem adiectam fuisse, *l. Iulianus* 15. *alias l. eum qui D. de ann. legat. l.* 3. §. *cum Pollidius. D. de vsur. l. si ita relictum* 43. §. *Pegasus de legat.* 2. *l. Seius Saturninus* 46. *in fin. l. filia* 64. §. *alumno ad S. C. Trebel.*) sed quia etiamsi consentiant omnes ij quorum interest, nulláque vel iis vel testatori fiat iniuria, semper tamen verum est verba senatusconsulti obstare, ne restitutio ex Trebelliano facta dici possit, quia illud quoque verum est non esse factam eum sicuti fuerat heres testamento rogatus, quandoquidem pendet ea res ex verbis testamenti quæ mutari post testatoris mortem numquam possunt, ne tum quidem cùm ratio iuris & voluntatis mutatur ob cõcurrentem eorum omnium cõsensum quibus testator prospectum esse voluit. Idque ita esse apparet ex eo manifestè, quòd si non vniuersale fideicõmissum relictum proponeretur, sed singulare, quod proinde ad senatuscõsulti Trebelliani autoritatem non pertineret, ac in quo de translatione actionũ quęri nihil posset, proculdubio nihil obstaret quominus restitui vtiliter diceretur priùs etiã quam dies fideicõmissi venisset, si modò neque alterius quàm fideicommissarij interesset, neque tam fideicõmissarij quàm heredis grauati fauore restitutioni longior dies dicta proponeretur, *d. l. Iauolenus*, aliísque suprà citatis. Loquimur autẽ, quod obseruari volumus, de fideicõmisso relicto in diem certam non autem de eo, quod sub condicione, quia si sub cõdicione fideicommissum, licet singulare relictum sit, tametsi cesset ratio illa quæ ex senatuscõsulti autoritate sumitur, non tamen cessat ratio iuris quę impediat ne fideicommissi solutione heres liberetur. Nimirũ quia non nisi

eius quod debetur solutione contingit liberatio, nihil autem debet qui sub condicione debet priusquàm condicio venerit, *l. stipulatio ista 38. §. inter incertam De verb. oblig. l. sub condicione. 16. l. qui promisit. 48. D. de condict. indeb.* quibus locis & aliis plerisque similibus differētia hæc constituitur inter id quod debetur in diem certam, & quod in incertam, aut, quod idem est sub condicione. Cedit enim statim dies debiti in diem certam licèt nondū venerit, non etiam dies debiti condicionalis, *l. cedere diem 213. De verb. signif.* At cùm fideicommissum pluribus relictum est qui sint inuicem substituti, aut cum hac alternatione *vel ei qui euenient die aut condicione superrerit*, siue vniuersale fideicommissum proponatur siue singulare, siue in diem certam relictum siue in incertam aut sub condicione, non solùm mera iuris ratio, sed etiam voluntas testatoris impedit ne ante diei aut condicionis euentum solui fideicommissum possit, ne iniuria fiat ei qui eo tempore solus supererit si non habeat totum quod ei testator totū dedit, *arg. l. verbis 7. De vulg. & pupill. subst. l. heredes mei 57. §. cùm ita D. ad S.C. Trebell.* Hoc enim casu, licèt primi fideicommissi verbis fideicommissum pluribus relictum videatur, effectu tamen ipso si vnus tantùm supersit cùm dies venit, vel condicio existit, non alij quàm ipsi soli relictum videri potest, nec proinde pro parte alteri soluta cui nihil vnquam debitum fuit, potest dici contigisse liberationem, tametsi mutuo omnium consensu omnibus solutio facta sit, quia non potuit consensus ille facere fideicōmissarium eum qui non erat, nec rursus eius quem ex euentu fideicommissarium esse constaret ius lædere aut extinguere, in cuius scilicet potestate non fuit, vt condicionale fideicommissum priùs repudiaret quàm sibi delatum esset, *l. si ita sit scriptum 45. §. si sub condicione. De legat. 2.* vbi additur, quod magis mirum est, nihil hac parte referre an ex die certa, an sub condicione relictum sit, quia vtroque casu verum est non pertinere ad legatariū aut fideicommissarium rem quæ ei relicta est, priusquàm dies veniat, vel condicio existat: Cui etiam cōuenit quod scriptum est in *l. Titia cùm testamento 34. §. Lucia Titia eod. tit.* in illis verbis, *Modestinus respondit fideicommissum ipso iure amissum non esse quod ne repudiari quidem potest.* Ergo relinquitur necessariò, vt quoties incertum est an vni fideicommissum relictum sit an pluribus, neque vni, neque pluribus interim solui possit, sed expectādus omnimodo sit euentus vt appareat cuinam debeatur. Quò pertinet quod Papinianus refert in *l. si patroni 55 §. Imperator. D. ad S.C. Trebell.* rescriptū esse ab Imp. Tito Antonino, In tempus directò data libertate non esse repræsentandam hereditatis restitutionem quandiu persona non est cui restitui possit. Nam nulla quoque persona est quādiu nescitur quænam illa sit, aut futura sit. Itē quod idem Papin respondit in *l. cùm pater 77. §. à filia de legat. 2.* si filia quę à patre iussa erat certa prædia cùm moreretur cui vellet ex filijs suis restituere vni ex liberis viua donauerit. Non videri electionē certæ donationis, id est certam & irreuocabilem, qualis esset si donationis iure valere posset. Idque propter incertum diem fideicōmissi relicti in id tempus quo filia ipsa moreretur, vt & in *§. hereditatē filius*, eiusdem legis: Sed quandā potiùs destinationem quæ in eum dirigi commodè potuit, qui si neminē mater elegisset, fideicōmissum inter cæteros filios habiturus esset. Nō negat Papinianus valere electionem (valet enim si modò durer vt idem Papin. ait in *l. vnum ex familia 67. in princip. eod.*) Sed negat valere iure donationis id est irreuocabiliter

cabiliter,& vt Accurſ. loquitur,incómutabiliter, propter incognoſcibilem fideicommiſſarij perſonam, nõ ob id ſolum quòd filius inter viuos electus præmori poſſit,quod ſi eueniret,appareret nec electum eum fuiſſe nec eligi potuiſſe,quia fideicommiſſi verba non patiuntur vt de aliis eligendi poteſtas fuerit quàm qui vixerint moriente matre *d. §. hereditatem filius in fin.* Sed quia etiamſi ſuperuiueret,electio tamen in tempus mortis filiæ per patrem collata, non potuit ante id tempus conſumi, hoc eſt vt Bartolus licet fortaſſe minus proprie,loquitur,fieri cum effectu,repugnante ſcilicet teſtatoris voluntate quæ in id expreſſim tempus contulit electionem. Tametſi ſufficere poterat iis verbis relictum eſſe fideicõmiſſum, quæ tractum temporis haberent,vt in *l.fideicommiſſa* 11.*§. hoc autem legatũ l.vx rem* 41.*§.Scæuola reſpondit de leg.*3.*l. epiſtolam.*75.*§.vlt. D. ad S.C.Trebell.*Secundum quod ſi non multò magis certè perinde dicendum eſt, Cùm quis iuſſus eſt hereditatem reſtituere pluribus poſt mortem patris eorum, aut ei qui tum ex ipſis ſupererit,fieri nullomodo poſſe vt reſtituatur fideicommiſſum vtiliter & efficaciter viuo patre,quia quandiu pater viuit, neſciri poteſt quis fideicommiſſarius ſit futurus. Intereà namque nullus eſt. Eo autem tẽpore fieri poterit vt filij omnes ſint fideicõmiſſarij,ſcilicet ſi omnes erunt ſuperſtites, aut vt vnus duntaxat, vel hic vel ille,nimirum qui tum ſuperſtes reperietur. In eámque rem extat apertiſſimum Scæuolæ reſponſum in *d.l. vxorem* 41. *§. Seium maritum de legat.*3. vbi cùm proponeretur Seium maritum ab vxore ſcriptum heredem, eique ſubſtitutam Appiam alumnam, fideíque heredis cõmiſſum vt poſt mortẽ ſuam hereditatẽ eidem alumnæ reſtitueret, aut ſi quid antè alumnæ cõtigiſſet,Valeriano fratris filio,& quæreretur,an ſi Seius viuus quicquid ad eũ ex hereditate peruenerat alumnæ reſtituiſſet ſecundũ voluntatẽ defunctę id feciſſe videretur,prǽſertim cùm eadẽ alumna ei quoque ſubſtituta eſſet.Reſpõdit Scæuola,Si viuo Seio Appia deceſſiſſet non eſſe liberatũ eum à fideicõmiſſo,quod fuerat relictũ Valeriano. Non alia vtique ratione quàm quod quandiu Seius vixit, variari potuit perſona ſubſtituti vt Baldus loquitur,ideóq.cogitare is debuit euenturum fortaſſe vt alius tandẽ fideicommiſſarius inueniretur,quàm cui præmaturè vellet reſtituere hereditatẽ. Quæ ratio tanta eſt,vt idipſum iuris aliquãdo inducat tùm etiam cùm perſona fideicõmiſſarij non mutatur, ſed ius duntaxat perſonæ quæ tamẽ re vera eadẽ maneat,Vt in ſpecie illa de qua iam diximus ex *d. §. Diui* 1. *l.filiusfam.*114.*de legat.*1.id eſt cùm quis Titij filiis in patris poteſtate conſtitutis hereditatẽ reſtituere iuſſus eſt ſub cõdicione,*ſi intra annũ nauis ex Aſia venerit.*Etſi enim certum eſt Titij filios omni caſu eſſe fideicommiſſarios, ſiue durante adhuc, ſiue iam ſublata patria poteſtate fideicommiſſi cõdicio exiſtat, perinde tamen acſi pro vario rei euentu variæ quoque eſſent perſonæ fideicõmiſſariorũ, impeditur heres grauatus ne ante cedẽtem fideicommiſſi diem filiis Titij in patris poteſtate adhuc manentibus fideicõmiſſum præſtare poſſit,quia interim mutari poteſt ius filiorum ſi fortè ante condicionis euentum ſui iuris effecti ſint: quo caſu alij quodammodo facti videbuntur,capaces videlicet petendi proprio nomine ſibíque acquirẽdi fideicommiſſi,quod ſi patriæ poteſtatis tempore ſolutum iis fuiſſet non ipſis ſed patri fuiſſet acquiſitum, Nõ aliter quàm ſi vno caſu eſſent ipſi fideicõmiſſarij alio patr.Neq. aliud reſcripturos fuiſſe Imperatores credẽdũ eſt etiãſi nõ ſub cõdicione ſed ex die certa fideicõmiſsũ teſtator reliquiſset,Nec tur-

sus, etiãsi de singulari nõ de vniuersali fideicõmisso proposita quæstio fuisset Nam quæ à nobis in superioribus facta distinctio est, an fideicõmissum vniuersale sit, an singulare, & an sub condicione, aut quod idem est ex die incerta, an ex die certa relictum, ad hunc casum non pertinet, in quo fideicommissarij siue ius, siue persona variari potest, sed ad illum duntaxat in quo nihil sit præter inducendi Trebelliani necessitatem, merámque subtilitatem iuris, quod impediat fideicommissi præmaturam restitutionem.

Ad l. post mortem 12. C. de fideic.

CAP. V.

SVPRADICTIS contrarium non est quod Philippis Imperatoribus placuit in *l. post mortem 12. C. de fideic.* Eum qui post mortem suam restituere hereditatẽ rogatus est, etiam prius quàm fati munus impleat, satisfacere & hereditatem restituere si velit, non prohiberi. Etenim vt interpretes omnes benè obseruarunt vnus dũtaxat, isque certus fuit in illa specie fideicommissarius, cui proinde nihil vetabat hereditatem restitui, priùs etiam quàm dies fideicommissi cessisset. Restitui, inquam, irreuocabiliter, quod addere libuit, ne quem fortè decipiat glossator, qui in *d. §. hereditatem filius* in verb. *exist ere adnotauit*, Grauatum post mortem suam restituere posse & antè restituere si velit ex *d. l. post mortem*, dum tamen inquit voluntas duret ex *d. l. vnum*. Hæc enim adiectio, non ad speciem *d. l. post mortem*, referenda est, cùm vnus tantùm, vt dixi, fideicommissarius esi, sed ad eam de qua in *d. §. hereditatem*, si quis hereditatem filiis suis vel cui ex his voluerit cùm morietur restituere iussus sit. Nam vt Accursius noster notat ad *d. §. à filia*, volenti statim restituere quod post mortem tantùm debuit, voluntas defuncti nullo modo aduersatur. Senatusconsulti potiùs autoritas iurísque subtilitas illa de qua proximo capite diximus, obstare videbatur, quasi ex Trebelliano actiones transire non possent, si heres rogatus aliter quàm sicuti rogatus esset hereditatem restitueret, quod contingeret hereditate ante mortem restituta, quæ post mortem duntaxat restitui debuerit. Nam de fideicommisso vniuersali hereditatis restituendæ lex illa est, non de singulari. Ad quam dubitandi rationem non videntur interpretes respexisse, sicut nec ad aliam quæ ex supradictis colligi potest, quòd fideicommissum condicionale ante condicionis euentum sit prorsus indebitum, ideóque nec solui ad acquirendam liberationem, nec repudiari vtiliter possit. Hoc enim fideicommissum condicionale esse non ambigitur, cùm relictũ sit in diem incertum, id est mortis. Dies enim incertus tam in testamentis quàm in contractibus pro condicione habetur *d. §. inter incertam l. dies incertus 75. De cond. & dem. arg. l. talis scriptura 30. §. sed etsi sub condicione de legat. 1. l. cùm testator 8. C. de testam. manum.* Nec ad rem pertinet si quis dicat Esse quidem illam condicionem, sed tamen quam euenturum certum sit, quia heredem ipsum moriturum esse certum est, *l. si post mortem 68. §. vlt. de legat. 1.* Cuiusmodi quæ sint condiciones, id est quas omnimodo extaturas esse certum sit, ferè est vt pro non condicionibus habeantur *l. quòd si ea condicione 18 D. de condict. indeb.* Quod enim certum sit moriturum heredem non facit vt perinde certum sit extituram condicionem, cùm fieri possit vt fideicommissarius præmoriatur, atque ita fideicommisso extincto, fideicõmissi

miſſi quoque condicio euaneſcat, *l. Statius Florus 48. §. Cornelio Felici. D. de iur. fiſc* Sed tamen ad poſteriorem hanc obiectionem reſponderi meo iudicio non minùs verè, quàm ſubtiliter poteſt, Eſſe quidem condicionale huiuſmodi fideicommiſſum hactenus, vt neque ante grauati mortem peti poſſit, *d. §. Scæuola l. vxorem 41. de legat. 3.* neque ad fideicommiſſarij ſi præmoriatur heredem tranſmitti, *l. ſi in perſonam 21. C. de fideic. l. 4. l. ſi Titio 22. in princip. D. quand. dies legat. ced.* Sed non vſque adeò vt ſi ante grauati mortem prçſtitum ſit, dici poſſit indebitum, & tanquam indebitum repeti, quia verum eſt relictum eſſe ſub condicione omnimodò extatura, quæ ſi aliud nihil concurrat, pro condicione non habetur, vt diximus: & quamuis poſſit euenire vt fideicommiſſarius præmoriatur, ſi tamen poſt factam fideicommiſſi reſtitutionem, licèt viuo adhuc herede decedat, non poteſt euentus ille facere vt deficiat condicio fideicommiſſi, non ob id ſolùm quod iã præſtitum ſit ei reſtitutum (eadem enim ratio aliis quoque condicionibus conueniret quæ poſt fideicommiſſi reſtitutionem deficerent) ſed quia poſt ſolutum fideicommiſſum nihil cauſæ eſt cur euentus eiuſmodi ſperari aut expectari debeat, cùm ſit præter opinionem votúmque teſtatoris, qui licèt noluerit poſſe compelli heredem quandiu viueret, noluit tamen prohiberi cum quominùs ſi vellet, hereditatem viuus reſtitueret, quia nec cogitauit aut ſperauit futurum vt fideicommiſſarius præmoreretur, quem alioqui votum illud gerens, non niſi fruſtra & ridiculè poſt heredis mortem ſubſtituiſſet, *l. Iulianus 26. in fin. D. ſi quis omiſſ. cauſ. teſtam.* Denique ſolutio ipſa facit ne fideicommiſſum hoc ſit indebitum, quod ante ſolutionem nullomodo fuit debitum. Quemadmodum dicimus aliquando contingere vt ſtipulatio ſeipſam committat, nec priùs ſtipulationis condicio exiſtat, quàm ex ipſa ſtipulatione condicionali actum ſit, líſque conteſtata, *l. cùm quærebatur 13. verſ. proinde. D. iudic. ſolui. l. nuda 5. C. de contr. & commi. ſtipul.* At difficilius illud videtur, quomodo ad priorem obiectionem reſponderi poſſit, qua dicebamus non aliter tranſire actiones, quàm ſi grauatus heres reſtituat hereditatem ſicuti rogatus eſt. Quamuis enim quis admittat condicionem illam quæ ineſt fideicommiſſo poſt grauati mortem præſtando ſic accipi debere, vt ſit omnimodo extatura, vix tamen eſt vt idcirco fideicommiſſum quod ante mortem reſtituitur, eo modo reſtitui videatur, quo ex teſtamenti verbis reſtitui debuerat tametſi voluntas teſtatoris non aduerſetur. Diximus enim impedimentum illud tranſactionis actionum, ſi quando aliter quis fideicommiſſum reſtituat, quàm ſicuti rogatus eſt, non tam ex teſtatoris voluntate proficiſci quàm ex defectu autoritatis Senatuſconſulti, quç cùm neceſſaria ſit ad transferendas actiones hereditarias, ad alium tamen caſum porrigi non poteſt, quàm qui verbis ipſis ſenatuſconſulti expreſſus eſt, quo hereditas ſicuti teſtator iuſſit, reſtituatur. Et verò quamuis fideicommiſſo ex die certa relicto, certum ſit omnimodo & tandem aliquando diem illam venturam eſſe, non eò minùs tamen verum eſt impediri tranſlationem actionum ſi ante diem reſtituatur hereditas, *d. l. ſed etſi ante diem 10. D. ad SC. Trebell.* Et conſequenter, quod magis mirum eſt fideicommiſſi repetitionem competere, acſi prorſus indebitum fuiſſet. Tametſi ſoleat dici, eum qui in diem debitor eſt, adeò debitorem eſſe, vt ſi ante diẽ ſoluta, repetere non poſſit, *l. in diem 10. D. de condict. indeb.* Quis enim ferat valere fideicommiſſi reſtitutionem, & nihilominùs actiones omnes tam actiuas quàm paſ-

suas penes heredem remanere? *l. nam quod 14. §. non omnis. D. ad SC. Treb.* An non id esset pro parte valere, & pro parte non valere? Quinimò cum hereditas in iure consistat non in corpore, *l. hereditas 50. D. de petit. her.* ideóq; actiones potissimùm comprehendat, præsertim cum de fideicõmissariæ hereditatis restitutione tractatur, *l. si legatus 30. §. si quis bona ad SC. Trebell.* quomodo fieri potest, vt hereditatis restitutio habeatur pro facta ex qua nullæ sint translatæ actiones? *d. §. non omnis.* Quòd si fideicommissum ex die certa relictũ quod aliquando debitum iri omnimodo certum est, nõ alio iure hic censetur quàm si esset condicionale, an poterit maior vis esse condicionis omnimodo extituræ? Nã nec maior est aut esse potest, cùm quæritur de impediẽda cõdictione, sed æqualis, quia tã quod in diẽ certã debetur quã quod sub condicione omnino extatura, si interim solutũ sit, nõ repetitur, *d. l. in diem. d. l. quod si ea condicione de condict. indeb.* Hic verò vellẽ ego interpretes nostros subtiles agere, & in dissoluendo nodo mecũ insudare. Nã quod vulgò tradant id fieri sola potestate condicionis, quæ sit omnimodo extatura præterquàm quod non aliter verũ est, quàm si eo quo diximus modo explicetur, quia potest condicio deficere fideicommissario premoriẽte, non dissoluit priorem dubitationem, nec facit vt idcircò videri debeat facta restitutio quomodo testator voluit, si ante mortẽ facta sit, non magis quàm si ante diẽ certam, in quã fideicõmissum relictũ foret, & quam omnimodo venturam esse certum esset. Tentemus an dici possit, imo verò fauorabilius esse hoc fideicommissum debitum sub huiusmodi condicione omnino extatura, quàm si ex die certa deberetur. Hactenus nimirum vt ex eius restitutione quãuis præmature facta transeant actiones, quæ fideicõmisso in diẽ relicto nõ transirent. An quod magis debeatur quod sub condicione omnimodo extatura debetur, quã quod in diẽ certũ? Minimè. Neq; rursum cũ de transferendis ex Trebelliano actionibus tractatur, illud solũ sufficit vt fideicõmissum debeatur, sed id potissimũ inspicitur an eo modo quo relictũ fuit restituatur. Sed quia cũ in cõdicione qualibet duo sint quæ faciant ne purè deberi videatur quod sub cõdicione debetur, quorũ alterũ est euẽtus ille incertus ex quo præcipuè condicio æstimatur: Alterũ est tẽpus mediũ quod necessariò præcedit euentũ: in ea cõdicione de qua agimus, quã probauimus esse ex earũ genere quæ omnimodo sunt extaturæ, nulla euẽtus incertitudo cõsiderari potest, & ideò si aliud nihil obstaret, id est, nisi tẽpus quoq; licèt incertũ cõtineret, purè debitũ dici deberet quod sub huiusmodi cõdicione deberetur, vt euenit cũ quid sub duabus condicionibus cõtradictoriis promittitur, quarũ alterutrã euenire necesse sit, *l. Iulianus verũ debitorem 60. D. eod. tit. de condict. indeb.* At quòd ad tẽpus attinet, dico nullã quoq; eius rationẽ haberi posse quominus fideicõmissum sub hac condicione relictu si ante diẽ præstetur sua die præstitũ videri debeat, nẽpe quia tẽpus illud quod inest huic cõdicioni, nõ solũ incertũ est, quod non sufficeret, sed etiam tale quod existere quandocunque possit. Itaque condicio non tantum omnimodo extitura est, sed etiam existere potest quandocunque. Singulis enim diebus quinimò horis ac momentis mori possumus, aut potiùs si veram non fucatam philosophiam amamus quotidie morimur, & vnoquoque momento vitæ nostræ: nec quod vera illa & realis separatio animæ a corpore fit tardiùs, quæ nec nisi semel fieri potest, facere debet quominus prudentis cuiuslibet, præsertim verò Christiani hominis sit, sic viuere assiduè vt se-

se in singulas horas cogitet non modò mori posse, sed etiam moriturum. Proinde ne à proposito longiùs aberremus, qui post mortem suam hereditatem restituere rogatus est, si eam hodie restituat, non alio die restituit, quàm quo rogatus est, quia & hodie mori potest, quamuis fortasse non nisi post annum aut decennium sit moriturus. Nam neque si verba & vim fideicommissi inspicias cogitur ille expectare vt sit mortuus, ne alioqui fideicommissum inutile fiat si à mortuo relictum videatur. Sed tum quoque cùm post mortem relictum est perinde habetur acsi relictum esset in id tempus quo grauatus moreretur, aut, vt quibusdam locis scriptum est, cùm mori inciperet, vel etiam *pridie quàm moreretur, l. si scrupulosam. 11. C. de contr. & committ. stipul.* Nihil enim prorsus inter hæc interest, & siue his, siue illis verbis testator vsus sit, fideicommissum vires accipit, & radices in persona grauati, *l. coheredi 41. §. cum filia,* vers. *quòd si heredem*, vbi Bartolus & alij, *de vulg. & pupill. substit.* quia & tempus ipsum instánsque mortis vitæ computatur non morti, *l. vlt. D. de condic. institu. l. qui duos 18. §. 1. D. de manum. testam.* Siquidem fieri non posset, vt iam mortuus homo moreretur. Cùm ergo possit fideicommissum restituere pridie quàm moriatur, Cur non hodie potest restituere qui planè nesciat an cras victurus sit an moriturus? Illud enim semper memoria repetendum est, nos eum casum tractare, in quo non alterius quàm ipsius heredis grauati aut fideicommissarij intersit vt fideicommissum tardiùs vel citiùs restituatur: Nam si alterius interesset, puta eius qui si mortis tempore solus superesset, solus quoque ad fideicommissum admitti deberet, nullus his nostris rationibus locus relinqueretur, sed ex aliis quas in contrarium suprà disputauimus, mortis naturalis diem expectari oporteret, ne ob præmaturam fideicommissi restitutionem alius admitteretur, quàm qui à testatore vocatus fuisset. Potest enim quilibet quòd ad se quidem attinet, sic viuere & tractare omnia, quasi qui aut hoc ipso die aut cras moriturus sit, sed nõ quod ad alios, aut vt iis noceat, quorũ interest eũ viuere mortísque naturalis tempus expectari. Fideicommissi in diem certam relicti alia ratio est. Sicuti namque diem certam omnimodo venturam esse certum est, ita & non priùs venturam esse quàm totum tempus mediũ præterierit, vnde fieri necesse est, vt si interim restituatur hereditas quæ ad diem restitui debuit, præmaturè restituta intelligatur, & alio tempore quam quo testator voluit, atque ita per consequentias nulla ex Trebelliano actionum translatio fiat, quæ fit commodissimè quoties statim restituitur hereditas per fideicõmissũ relicta sub cõdicione quę & omnimodo extitura sit; & quandocũq; possit existere, dũ ne alterius tertij cuiusquã intersit. Neque obstat quod Papin. scribit in *l. si patroni 55. §. 1. ad SC. Treb.* rescriptũ esse ab Antonino Pio in tẽpus directò data libertate nõ esse repręsentãdã hereditatis restitutionẽ, quia persona nõ sit cui restitui possit. Ita innuẽs à cõtrario sensu, Posse igitur repręsentari si fideicommissaria libertas in tempus data sit. Nam id rationem illam habet quòd eo casu non tam restitutioni hereditatis tempus dictum sit, quàm fideicommissariæ libertati, quam porrò nihil impedit quominùs repræsentare possit heres, cuius gratia tempus illud adiectum fuisse credendum est. Porrò repræsentata libertate, nihil quoque vetat hereditatem statim restitui, quia tunc purè ac sine vlla temporis præfinitione relicta reperitur, ideóque nec repræsentari dicitur, quæ suo tempore

soluitur, petique tanquam debita potest, cùm imputare sibi debeat heres qui ante tempus libertatem præstitit, cur seruum manumittendo dederit ei petendi à se fideicommissi facultatem, *arg. l. filio 7. D. vt legat. nom. caueat.* Cùm libertas directò data est in tempus, non potest illa per heredem repræsentari, sicut nec hereditas, quia non competit directa libertas nisi ex potestate sola legis, quæ porrò subsequitur testatoris voluntatem vt Vlp. in Titulis scribit *tit. 1. l. si cui 31. D. ad SC. Trebell.* Accurs. *in verb. in tempus* pessime locum illum explicat.

Ad l. mulier qua in duobus 22. in princip. D. ad SC. Trebell.

CAPVT VI.

ELEGANS species est, & digna, de qua quid Vlpianus scribit, id est, quid ex iuris ratione sentiendũ sit, inuito etiã Triboniano inuestigemus. Mulier quæ duobus filiis in patris potestate relictis, alij nupserat, posteriorem maritum heredem instituerat, eúmque rogauerat liberis suis post mortem patris eorum hereditatem suam restituere, vel ei qui ex ipsis superesset. Eisdem emancipatis à patre suo vitricus hereditatẽ restituisse dicebatur, mox alter ex filiis viuo patre decessisse. Quærebatur an is ex filiis qui superserat, partem fratri suo restitutam petere posset quasi præmaturè datam. Sed priusquàm ad quæstionem hanc respondeatur, subiungit Vlpianus, si nos Tribonianus non fefellit, Scæuolam referre Diuum Marcum Imperatorem in auditorio de huiusmodi specie iudicasse. *Brasidas*, inquit quidam Lacedæmonius vir prætorius, cùm filiis suis ab vxore diuortio separata, *si morte patris sui iuris effecti fuissent*, fideicommissum relictum esset, eos emancipauerat. Post emancipationem fideicommissum petebant. Decreuisse igitur Diuum Marcum, refert fideicommissum eis repræsentandum, intellecta matris voluntate, quæ quia non crediderat patrẽ eos emancipaturum, distulerat in mortem eius fideicommissum, non dilatura id in mortalitatem si eum emancipaturum sperasset. Sequitur *secũdum hæc dicebam & in proposita quæstione Diui Marci decretum esse trahendum, & rectè fideicommissum vtrisque solutum.* Ego verò ausim dicere decretum illud Diui Marci nihil cum proposita specie habere commune, neque videri posse fideicommissum rectè solutum vtrique pendente condicione fideicommissi, propter euidentem rationem diuersitatis inter eam speciem de qua consultus fuit Vlpianus, & illam de qua Diuus Marcus pronunciauit. Nam apud Vlpianum proponebatur rogatus vitricus, idémque heres institutus à matre, non solùm vt testatricis filiis post mortem patris eorum restitueret hereditatẽ, sed hoc etiam addito, *vel ei qui eorum superesset:* quibus verbis facta erat vulgaris substitutio in fideicõmisso inter fratres, vt si alter eorum præmoreretur, tota hereditas ad solum superstitem ex fideicõmisso perueniret, ex *l. vt heredibus 50. l. cum proponebatur 64. de legat. 2. l. Scæuola 76. ad SC. Trebell.* quæ res faciebat vt quandiu pater viueret, incertum esset cuinam ex liberis fideicommissum quandoque restituendum foret. Cùm euenire posset, quod & euenerat, vt alteruter eorum viuo patre præmoreretur, atque ita soli superstiti totum fideicommissum iam inde ab initio relictum videretur. Vt proinde non posset dici ex testatricis voluntate, & ita vti

opor-

vti oportuit restitutum fideicōmissum quod repræsentatū esset, solutúmq; ante diem cedentem. Puto autem apparere satis supérque ex superioribus, in ea specie de qua Vlpianus consultus fuit fieri non posse vt fideicommissum quod non nisi post mortem patris relictum fuerat filiisfamilias, bene iis solui potuerit viuo adhuc eorum patre, licèt iam tum emancipatis, quia quamuis emancipatio faciat, vt ex eo tempore non magis ius personę quàm persona ipsa substituti variari possit (quod diuersum esset si durante adhuc patria potestate fideicommissum repræsentaretur *d.§. Diui*) illa tamen ratio superest, quæ fideicommissi repræsentationem semper impediat, quòd fideicommissum hoc non solùm sub condicione relictum est, sed in id etiam tempus quo fieri possit, vt non plures sint fideicommissarij, sed vnus dūtaxat, qui porrò quis futurus sit, planè ignoretur. Is enim futurus est qui moriente patre solus eo tempore superstes inuenietur, propter verba illa fideicommissi, *vel ei qui eorum superesset*, quæ tamen etiamsi non essent adiecta, non aliud iuris fore putarem, quia semper verum esset, relictum fuisse fideicommissum sub condicione cuius euenientis tempore, si vnus tantùm filius superesset, is quoque solus admitti deberet, *d.§. Diui in fi.* Quid enim refert an condicio illa adscripta sit, *si nauis ex Asia venerit*, an quæ ex incerto die mortis patris constituatur? Itaque cùm hoc casu dici non possit factam esse restitutionem eo modo quo testator voluit, saltem pro ea parte quæ præmortuo filio soluta est, & quam ex euentu apparet nunquam ei debitā fuisse, nec illud etiam fieri aut verum esse potest, quod sub Vlpiani nomine cōcluditur, fideicommissum rectè vtrique solutū fuisse. Est enim hic casus ex eorum numero in quibus quid anteà in rei veritate fuerit, non nisi ex euentu sciri potest, vt Paulus tractat in *l. qui res 98. §. rem autem. D. de solut. l. quadam sunt 15. D. de reb. dub. l. huic scripturæ 15. §. 1. D. ad leg. Aquil.* Solùm igitur illud videndum superest, quid responderi possit ad rescriptum Diui Marci quod ad propositam speciem trahi posse & debere Tribonianus voluit. Iam enim non ausim Vlpiano adscribere responsum quod putem à recta iuris ratione tantoperè abhorrere. Monui autem iam in ipso ferè huius capitis initio nihil cum specie nostra simile aut commune habere illam de qua Marcus pronunciauit, non ob id solùm quòd non proponebantur ibi addita in fideicommisso verba illa, *vel ei qui eorum superesset*, quæ apertiùs faciunt vt ante tēpus mortis patris prorsus incerta fuerit persona fideicommissarij (nā iis quoque verbis sublatis idem admittēdum fore diximus propter solam condicionis potestatem ex *d.§. Diui*) Sed etiam quia in ea specie proponebatur & consequenter probabatur ea matris voluntas fuisse vt statim atque soluti essent filij patria potestate ad fideicommissi petitionē admitterentur. Id enim est quod Tribonianus ipse fatetur, nec tacere potuit, *intellecta matris voluntate qua quia non crediderat patrem eos emancipaturum distulerat in mortem eius fideicommissum, non dilatura id in mortalitatem si eum emancipaturum sperasset.* Nam si voluntas illa matris non fuisset, & quidem probata aliter quàm ex verbis fideicommissi, quæ potiùs repugnabant, nullam sane rationem haberet decretum Diui Marci, pugnarétque manifestissimè, non modò cum iuris ratione, sed etiam cum rescripto illo Imperatorū Seueri & Antonini, quod Marcianus refert laudátque in *d.§. Diui*. Itémque cum *d. l. sed etsi ante D. ad SC. Trebell.* aliisque locis suprà citatis, quibus probauimus non posse fieri restitutionem ex Trebelliano, neque transire

actiones si ante impletam condicionem restituatur hereditas fideicommissaria quæ non nisi sub condicione relicta fuit. Præsertim verò ita concepta condicione, quomodo in specie illa Diui Marci, *si filij effecti fuissent sui iuris morte patris*. Neque enim ęquè dici poterat, omnimodo extituram esse condicionem illam, ac de illa diximus, cùm quis post mortem suam restituere rogatus est. Hunc enim aliquando moriturum esse certum est, atque ita cōdicionem euenturam. At non similiter certum est filiosfamilias sui iuris effectos iri per mortem patris. Quid enim si ante patrem moriantur? Quid si à patre emancipentur? Quid si pater deportetur? *l. Gal. us 29. §. & quid si tantum de liber. & posthum.* Neque parum obseruatione dignū illud erat, quod in illa specie fideicommissum relictum fuerat filiis mulieris institutæ non quomodo in casu nostro, *post mortem patris eorum*, quibus verbis non nisi in tempus mortis patris præcisè confertur dispositio, sed expressa figura cōdicionis hoc modo, *si morte patris sui iuris fuissent effecti*, quę verba prę se ferūt, non tam in tempus præcisè mortis paternæ collatum esse fideicommissum quàm in id tempus quo filij effecti essent sui iuris. Sic enim constructio ipsa verborum postulat, vt particula *si*, quæ condicionis figuram exprimit, referatur ad sequentia illa, *sui iuris fuissent effecti*. Adiectam verò mentionē mortis patris, quòd non credidisset testatrix vnquam futurū, vt eos emancipare pater vellet, nec proinde vt aliter quàm morte patris exirent de ipsius potestate. Casus enim ille deportationis, & alij si qui sunt similes, tristiores sūt & abominabiliores quàm vt de iis cogitare testator vel potuerit, vel debuerit. Etsi autem res hæc facere ex se non potest, vt casus expressus mortis trahi deberet ad casum emancipationis, faciebat tamen vt multò facilius & verisimiliùs probari posset eam fuisse testatricis mentem, vt si patrem filios suos emancipaturum sperasset, fideicommissum in eius mortem dilatura nō fuisset, sed condicionem ita simpliciter concepturа, *si sui iuris effecti fuissent*. Quid enim testatricis interesset, an morte patris an emancipatione fierent illi sui iuris? Cui id tantùm ipsa curaret, vt ipsis non etiam ipsorum patri emolumentum fideicommissi quæreretur. Dixi *probari*, non autem *præsumi*, quia nec præsumpta matris voluntate, motus fuit Imp. vt ita decerneret, sed vt lex ait, *ea intellecta*, scilicet ex fide probationum, non etiam tacitè subintellecta. Enimuerò cùm nullius condicionis figura expressa rogatus quis est Titij filiis hereditatem restituere, *post mortem patris eorum*, vt in specie ab Vlpiano proposita, licèt verba illa condicionem faciant propter incertum diem mortis patris, ante quem filij mori possunt, non tamen perinde possis dicere fideicommissum videri sub ea condicione illis relictum, *si facti erunt sui iuris*, ne quidem cum adiectione illa, *morte patris*, quia in id solùm tempus præcisè quo pater moreretur, collatum fideicommissum est, nulla solutæ patriæ potestatis facta mentione. Quod enim morte patris futurū sit vt efficiantur sui iuris, fiet per consequentias, propterea quòd patriæ potestatis vinculum patris morte dissoluatur, nec eò tamen magis verum erit admitti filios ad fideicommissum, ob eam rationem quòd patria potestate liberati sint, sed ob illam vnicam quòd mortuo demùm patre condicio extiterit, sub qua relictum fuerat fideicommissum. Itaque si poneres patrem mortuum auo superstite, in cuius potestate tam pater ipse, quàm liberi eius fuissent, nemo dubitaret, quin fideicommissi *post patris mortem* pręstandi condicio nihilominùs extitisset, quamuis non idcirco sui iuris effecti fuissent: quod

quod vtique diuersum foret, sic concepta condicione, *si patris morte sui iuris effecti essent*: quia non esset impleta condicio manentibus ipsis in aui superstitis potestate: Vt appareat quàm diuersa sit potestas illius condicionis, quę tacitè ex incerto die mortis patris inducitur, relicto fideicommisso, *post mortem patris*, & illius quæ expressam figuram condicionis habet, quæque collata est in tempus quo erunt filij sui iuris, licèt interiecta mentione mortis patris. Quanquam non nego, in illa quoque specie fideicommissi filiisfamilias relicti *post mortem patris*, idem iuris posse constitui, si eadem probetur fuisse voluntas testatricis, vt filios ad fideicommissum admitti voluerit, statim atque patria potestate liberati essent, nec in tempus mortis patris aliam ob causam fideicommissum contulerit, quàm quod nec priùs nec aliter quàm per mortem patris vnquam sui iuris futuros eos sperasset. Voluntas enim testatoris illa est quæ in testamentis omnibus, sed maximè in fideicommissis & condicionibus totum facit, *l. in condicionibus 19. de condic. & demonstr. l. pen. de leg.* 1. etsi enim in verbis aut nulla aut minor ambiguitas est, nulla quoque aut minor induci debet quæstio voluntatis *vulg. l. ille aut ille* 25. *§. cùm in verbis de leg.* 3. Semper autem exigo probationem voluntatis, quia non possum pati vt ex sola voluntate præsumpta casus mortis trahatur ad casum emancipationis, aut contra, cùm omnibus condicionibus commune illud sit, vt impleri debeant in forma specifica, *vulg. l. qui heredi* 44. *l. Mæuius* 55. *& p. ss. de condic. & demonstr.* Nec rursum vt ex hac lege quis inferat, quod passim vulgares interpretes inferunt, Pro expressè dispositio haberi omne id quod verisimiliter disposuisset testator si de eo cogitasset. (Quo brocardico mirum est quàm ineptè & imprudēter abutantur plerique in defunctorum voluntatibus non tam coniiciendis quàm diuinādis & supplendis) siquidem rescriptum illud Diui Marci non præsumpta & verisimili testatricis voluntate nititur, sed ea quæ probata exactè fuerit, & benè intellecta, vt diximus. Sed & quod magis mirum est, atque ad inscitiam Triboniani detegendam multò accommodatius, Dico, etiam probata illa matris voluntate, quòd non fuerit collatura fideicommissum in tempus mortis patris, si cogitasset futurum vt filios emancipare pater vellet, fieri tamen nullomodo posse, vt decretum Marci ad speciem nostram trahatur. Non quia fideicommissum post mortem patris relictum eandem voluntatis interpretationem & probationem non admittat, quam admitteret sic concepta condicione, *si morte patris effecti essent filij sui iuris*, (admittit enim, vt iam monuimus) sed propter adiecta verba illa, *vel ei qui eorum superesset*. Finge namque & præsume quantum voles, matrem si de futura emancipatione cogitasset, non fuisse dilaturam fideicommissum in mortalitatem, vt Tribonianus loquitur. Nunquam tamen assequeris, vt in hac specie casus mortis trahi debeat ad casum emancipationis, quoniam ita fieret necessariò vt illa quoque verba, *vel ei qui eorum superesset*, ad emancipationis tempus referenda essent, iique ad fideicommissum inuitati dicerentur, qui emācipationis tempore superessent. Quod tamen ne fieri possit impedimento est non solùm voluntas testatricis, sed etiam potestas & vis verborum quæ ad fideicommissum vocat eum duntaxat qui moriente demùm patre, solus supererit. Fieri autem facilè potest quod & in Vlpiani specie contigerat, vt mortis tempore non nisi vnus superfit ex iis qui plures supererant tempore emācipationis: cui vni sanè fiat iniuria, si non solus admittatur ad fideicom-

missum ad quod solus vocatus fuit verbis disertis. Non enim quemadmodũ casus emancipationis interueniens facit ne casum mortis quandocunque su peruenientem attendi oporteat, quoties nimirum ratio iuris & voluntatis patitur vt casus mortis trahi debeat ad casum emancipationis, similiter possis dicere tempus emancipationis eo casu inspiciendum esse pro tempore mortis quasi in locum eius quodammodo subrogatum. Et ratio diuersitatis non minùs euidens quàm elegans illa est, quòd non alia de causa mortis casus trahitur ad casum emancipationis, quàm quia ei persimilis & adfinis existimetur, non quasi qui emancipat aut emancipatur, mori videatur (quid enim habent illa commune?) sed propter effectum illum qui vtroque casu idem nascitur, tanquam ex similibus ac penè iisdem causis, vt liberi peræquè fiant sui iuris. Vnde fieri necesse est vt per casum emancipationis extinguatur casus mortis. Non quòd eo minùs tandem moriturus sit pater qui liberos suos emancipauit, sed quia fieri nequit vt liberi per emancipationem soluti patria potestate, magis fiant sui iuris per mortem patris. Itaque in emancipationis casum admissis ad fideicommissum ex probata matris volũtate filiis, qui non fuerant vocati nisi post mortem patris, aut sub ea condicione *si patris morte sui iuris effecti fuissent*, iam nihil prorsus ipsorum interest hoc nomine, victurúsne semper erit pater, an tandem aliquando moriturus, frustráque expectaretur casus mortis qui quandoque eueniens nihil operaretur. Vt dici solet de alia condicione qualibet, non esse expectandam eam cuius euentus nihil noui allaturus sit, *l. aliquando* 13. *§. vlt. D. ad SC. Velleian. l. si quis ita scripserit* 33. *D. de hered. inst.* Proinde casus mortis in hac specie nullus superest, quippe qui ob voluntatem testatricis mutatus sit in casum emancipationis. At non ideò fit vt instans emancipationis habendum sit pro instanti mortis. Aliud enim est instans mortis, aliud verò emancipationis, sicut & alius effectus est mortis, alius emancipationis extra causam patriæ potestatis. Et consequenter iuris interpretatio quæ ex testantis voluntate, verbis licèt repugnantibus trahit casum mortis ad casum emancipationis, non ideircò ad instans emancipationis trahere potest instãs mortis, quia nec possibile illud est, nec rursum necesse, cùm non pendeat ex illo effectu sublatæ patriæ potestatis, neque cum eo commune quicquã habeat. Proinde quoties fideicommissum pluribus filiisfamilias relictum est non tantùm post mortem patris eorum, & in casum illum quo morte patris fiant sui iuris, sed cùm illa etiam adiectione, *vel ei qui ex ipsis tum supererit*, fieri tamen nunquam potest, vt quamuis ex voluntate testantis admittendi sint filij in casum emancipationis, alij tamen ex ipsis inuitati videantur, quàm qui mortis tempore supererunt, cùm tempus illud expressum sit disertis verbis, *l. epistolam* 75. *§. vlt. ad Trebell.* nec minùs denotata extremitas temporis fuerit, siue particula *tum* adiecta sit, siue subintelligatur, *l.* 4. *§. vlt. de condic. & demonstr.* Neque rursum inutiliter expectetur tempus illud cuius euentus facere possit, vt aliis relictum videatur fideicommissum, quã quibus relictum dici posset si emancipationis tempus spectari oporteret. Cui non prorsus dissimile illud videtur, quod Papin. respondit in *l. cum pater* 77. *§. ab instituto de legat.* 2. grauato per fideicommissum extraneo herede instituto vt cùm moreretur, libertis testatoris certa prædia redderet, quę idem testator petierat ne ex familiæ nomine alienarentur, si ad substitutum hereditas deuoluta sit, substitutum quidem ea prædia ex voluntate defuncti

perinde

petinde debiturum eſſe,at non confeſtim,ſed ita vt coniectura ex teſtatoris voluntate capienda inſtituti mors expectanda ſit. Nam ſi mutatâ quoque perſonâ grauati non ideò tamen mutatur tẽpus præſtãdi fideicõmiſſi, tametſi poſſet dici nihil iam ipſius intereſſe in cuius mortis tẽpus collatum fuerat fideicõmiſſum,cùm ad alium hereditas pertinere cœperit (quæ videtur ſola fuiſſe ad eum locum ratio dubitandi) cur mutabimus tempus mortis à teſtatrice præſcriptum ob id ſolùm, quòd caſus mortis mutari poſſit in caſum emancipationis? Scripſi *mutari poſsit* non autem *mutatus ſit*, quia non puto vllam hîc fieri poſſe caſuum mutationem, nec caſum mortis trahi ad caſum emãcipationis. Nã ſi adiectio illa de qua tractamus *vel ei qui ex ipſis ſupererit* omnimodo efficit vt expectandum neceſſariò ſit tẽpus mortis patris quò ſciri poſſit, an pluribus liberis,an vni tantùm, & cuinam ex ipſis fideicõmiſſum relictũ intelligatur (ſuperuacuã .n. eam eſſe aut delendã nemo certè dixerit)planè conſequens eſt vt caſus mortis expreſſus in caſum emancipationis cõmutari nec poſſit,nec debeat,quia ſine effectu eſſet ea cõmutatio,quæ nec aliam ob cauſam fieri ſolet,ſi quãdo fit,ſiue ex præſumpta ſiue ex probata teſtantis voluntate, quàm vt ſtatim poſt emancipationẽ eadem fideicõmiſſi petitio competat,quæ eſſet cõpetitura ſi mortis caſus cõtigiſſet.Ergo concludamus tãdẽ decretum illud Diui Marci,cęteris quoq. omnibus paribus,id eſt,etiam probata eadẽ volũtate matris,ad Vlpiani ſpeciem trahi & accõmodari nullomodo poſſe. Ceſſante autẽ decreti poteſtate rationẽ iuris facere,vt ante mortẽ patris facta filiis poſt emãcipationem reſtitutio inutilis fuerit,& per quã non potuerint ex Trebelliano transferri actiones,nec proinde impediatur is qui mortis tempore ſolus ſuperſtes reperitur, quominùs ex fideicõmiſſo eam portionẽ petat quę fratri pręmortuo fuit præmaturè reſtituta. Nã ſi quis putet eum aut ipſo iure amiſiſſe fideicommiſſi petitionem aut ſaltem quod eſt facilius exceptione doli repellendũ eſſe ob id ſolùm quod reſtitutionis tempore contentus ille dimidia parte bonorũ ſiue tacitè ſiue expreſſe cõſenſerit,vt reliqua pars fratri reſtitueretur,arg. *l. Titia 34. §. Lucia de legat. 6.* Iam diximus in ſuperioribus nullius momẽti eſſe conſenſum illũ qui & cõtra ſenatuſconſulti autoritatẽ, & contra teſtantis voluntatem præſtitus ſit ex *dict. §. Diui*, in illis verbis, *ne quide.n ex voluntate eorum* quia mutuus fratrum cõſenſus facere non poteſt vt alius ſit fideicõmiſſarius,quàm qui teſtamẽto vocatus fuit: Longéque diuerſa eſt hæc quæſtio ab illa quam noſtri tractare ſolent ad *l. qui Romæ* 122. *§. duo fratres De verbor. obligat.* de fratribus fideicommiſſo per diuiſionẽ renunciantibus. Tractant enim caſum illũ quo fideicõmiſſarius certus ſit ſiue iam impleta,ſiue adhuc pendente fideicõmiſſi condicione: In qua ſpecie licèt fideicommiſſum condicionale quod nondũ cõpetit repudiari nequeat, fieri tamen poteſt variis ex cauſis,vt vel expreſſo vel tacito conſenſu remiſſum eſſe cenſeatur. At nos cum caſum tractamus quo propter pendentẽ cõdicionem non ſolùm euentus ipſe fideicõmiſſi incertus ſit,ſed incerta quoque perſona fideicõmiſſarij,quam tamẽ nemo negauerit certam eſſe debere priuſquàm fieri poſſit locus quæſtioni, An fideicõmiſſo renunciatum ſit nécne. Quòd ſi voluntas filiorum ex teſtamento vocatorum bonam poſſet facere reſtitutionẽ,ſiue ipſo iure ſiue oppoſita doli mali exceptione, adhuc dicendum eſſet,in ſpecie Diui Marci multò magis id eventuram, quàm in ſpecie Vlpiani. In illa enim filij omnes ſtatim poſt emancipationem nec

expectata patris morte fideicommissum petebant, vt lex ait, id est, vt ego interpretor & simul & in iudicio, atque ideò fortior erat ille consensus, non solùm tanquam mutuus, sed etiam tanquam qui & expressus esset & iudicialis, cùm in iudicio quasi contrahatur, *l. 3. §. idem scribit. D. de pecul. l. maioribus. 3. C. commun. vtr. iudic. l. liberum. 16. C. de fideiuss.* Secutáq. tandem sententia de fideicommisso omnibus repræsentãdo siue à supremo Principe lata esset siue à magistratu etiam inferiore à quo appellari posset, securus vtique est heres qui fideicommissum vtrique soluerit si non colluserit, nec ei potest imputari cur non appellauerit *l. ait prætor. 7. §. 1. vers. puto autem D. de minor.* At apud Vlpianũ proponebatur fideicõmissum omnibus solutum vltro & sine iudice, quod etsi non nisi scientibus omnibus qui viriles tantùm accipiebant, fieri potuit, minorẽ tamen vim habet ad inducendum consensum etiam tacitum, quia dici potest omnes ideò tacuisse quod scirent ius suum durare, *arg l. sicut 8. §. nõ videtur. D. quib. mod. ius vel hypoth. solu. d. l. Titia 34. §. Lucia Titia de legat. 2.* Nec est quod quis dicat tãtò fauorabiliorem esse huiusmodi fideicommissi tacitam remissionem quanto incertior tunc erat persona fideicommissarij, cùm nesciretur an vterque ex liberis aut vter patri superstes futurus esset, *arg. l. 1. C. de pact. l. de fideicõmisso. 11. C. de transact.* ob idque minùs esse audiẽdum superstitem si post patris fratrisque mortem dicat vni tantùm fuisse fideicommissum relictum, vt ille vnus ipse sit, quod viuo patre fratréque non fuerat dicturus *arg. l. si pater 12. C. de inoff. test. l. pen. C. de solut.* Posset enim hęc obiectio vires aliquas habere si personæ fideicommissariorum certæ fuissent, solus autem fideicommissi euentus incertus vt in *d. l. 1. & d. l. de fideicõmisso*, Vel si in fratrum potestate fuisset vt fideicommissarium facerent eum, quem testator non fecisset. Sed his omnibus cessantibus quæ nec ex facto, nec ex iure sumi poterãt, apparet nihil prorsus interesse an fratri præmortuo restituta sit pars hereditatis inuito fratre qui solus superstes fuit an eo consentiente. Vtroque enim casu & iuris stricti ratio & voluntas testatricis & consequenter rei æquitas irritam facit pro ea parte restitutionem. Sic explicatis iis omnibus quæ ad huius loci interpretationẽ pertinẽt, restat vt ex ipsis verbis legis probemus, Triboniani legẽ esse nõ Vlpiani. Primùm autẽ colligi id potest ex eo quod textus habet decretũ illud D. Marci à Scæuola relatũ fuisse. Constat enim apud me, Scæuolam decessisse ante tẽpora Marci Imperatoris, nec ad eius ætatem vsque peruenisse. Quam in rem videnda sunt, quæ scripsi lib. 14 cap. 4. Quare nec liber vllus Scæuolæ relatus est in quo ita scripserit, sed, quod verò prudentes facere solent præsertim cùm Scæuolam autorem laudant, sic simpliciter scriptum est *Scæuola D. Marcum*, &c. Sed nec poterat Vlpianus Scęuolæ autoritate moueri vt præmaturam fideicõmissi restitutionem haberet pro bona eo casu quo fideicõmissarij persona tùm certa nõdum esset. Neq. enim ignorabat contrarium Scæuolę responsum à nobis suprà citatũ, quod extat in *d. l. vxorem 41. §. Seiusa mariũ de legat. 3.* quo ipso loco longe accommodatiùs poterat decretum D. Marci à Scæuola referri, si Scæuolæ notum fuisset quàm ab Vlpiano factum sit in *d. l. mulier.* Quòd si quis iam miretur, Cur ergo Scæuolæ nomen Tribonianus hîc supposuerit potiùs quàm alterius Iurecõsulti qui post Marci tẽpora floruerit, duplex impræsentiarum ratio mihi occurrit. Illa primùm quod magni & post Papinianũ fortasse pręcipui inter omnes nominis erat Scæuola, nec immeritò sanè, tãquàm qui & perspica-

perspicacissimus fuisset, & suprà cæteros, quod mihi mirum in modum placet, iuris religiosissimus, nec poterat decreto Diui Marci maior laus & fides accedere, quàm si à Scæuola referretur & probaretur. Altera quod meminerat fortasse Tribonianus (vt mendacem memorem esse oportet) alio Pandectarum loco corruptum à se quoddam Scæuolæ responsum, vt aliud eiusdē Marci rescriptum protraheret ad speciem longè dissimilem, de qua fuerat Scæuola consultus. Locus est in *l. Pamphilo 39. de legat. 3.* de cuius etiam sententia & interpretatione scripsimus eod. lib. 14. cap. 3. Vt enim verisimile fieret quod falsum erat Scæuolam ad ea vsque tempora peruenisse, in quibus Marcus solus imperasset, faciendum fuit vt qua alia iuris parte rescriptum aliquod vel decretum Diui Marci aut à Scæuola referretur, aut ab eo relatū diceretur. Monet me secundò hiatus ille Vlpiano cæterisque prudentibus insolitus, quem video in illis verbis, *Scæuola Diuum Marcum in auditorio de huiusmodi specie iudicasse refert. Brasid.us quid vn* &c. Tertiò quod ait *iudicasse*. Verbum enim est indignum Imperatoria maiestate. Dicebatur nám que Imperator pronunciare aut ius dicere non etiam iudicare, quod nec magistratibus maioribus licebat salua dignitate, vt probat locus ille Marci Tullij ad Quintum fratrem, *Quid? Prætor solétne iudicare deberi?* Quartò reliquus ipse contextus verborum & abundans & intercisus, lōgè alius quàm soleat esse Vlpiani, maximè verò in libris Disputationum, in quibus videtur ille Papinianeam & breuitatem & elegantiam affectasse, vt ostendunt leges omnes quæ in Pandectis extant iis ex libris desumptæ, quamquam nobilius exemplum nullum proferri potest quàm quod obuium est in eleganti illo *§. cum proponeretur*, aliisque §§. eiusd. legis. Quintò suspicionem auget dictio *mortalitatem* quæ etsi Iureconsultis nostris non est incognita, diuerso tamē sensu ab iis accipitur, scilicet in abstracto potiùs, vt ita dicam quàm in concreto, vt in *l. illud quoque 40. D. de petit. hered.* & in *l. nam etsi 15. in princ. De inoff. testam.* quomodo & idiomate Gallico sunt ista separata *mort* & *mortalité*. Denique ne nimius Aristarchus videar si verba singula persequar, mouet me postremus ille versic. *Secundum hæc dicebam, & in proposita quæstione decretum Diui Marci esse tradendum.* Vlpianus enim proculdubiò scripsisset *ad propositam quæstionem*, aut potiùs *ad propositam speciem* propter vim & constructionem verbi *trahendum*, non autem vt Tribonianus *in proposita quæstione*, sicut & in sequentibus illis *& rectè fideicommissum vtrisque solutum* scripsisset multò elegantiùs *vtrique* non *vtrisque*. Neque rursum credibile est Vlpianum tam breuiter & ieiunè de Diui Marci decreto ad eam speciē protrahendo quæ tantoperè dissimilis esset sententiam suam expositurum fuisse, sed rationem aliquam allaturum quæ tot obiectionibus quas suprà fecimus aliqua saltem ex parte satisfaceret, ne quid temerè vel audacter & contra iuris rationem respondisse videretur, quod ipsum tamen parum curandum fuit Triboniano, cui satis erat semel monuisse in *constit. 2. de confirm. Digest. §. tanta autem* 10. mutatas à se plerasque leges si quid visæ sunt habere non rectè, transpositúmque in melius etiam si quid aliqua imperiali antiquorum Imperatorum constitutione in aliam dictum fuerat formam, solis Iureconsultorum nominibus seruatis, veneratione, vt ait, antiquitatis, sed legum veritate vt ipse gloriatur sub Iustiniani nomine facta sua, vt quicquid in Pandectis & in Codice legimus, sic accipiamus, quasi ex solius Iustiniani ore prudentiáque profectum.

Ad §. vtrum autem. l. apud Iulianũ. 11. D. eod. tit. ad SC. Trebell.

CAPVT VII.

QVOD à Triboniano circa decretũ Diui Marci factum esse ostendimus in *l. mulier 22. in princip. D. ad SC. Trebel.* vt quãuis specialẽ haberet rationem ex probata testãtis volũtate deriuatã ad aliã tamẽ prorsus dissimilẽ speciẽ protrahendũ id esse diceret sub nomine Vlpiani: Idem ab eo nunc factum esse probabimus circa rescriptũ Diui Pij, de quo in *§. vtrum autẽ. l. apud Iulianũ. 11. eod. tit.* qui locus Vlpiani quoque nomen præfefert, licèt meo iudicio totus sit Triboniani. Quęstio illa proponitur, vtrum pręsenti an etiam absenti restitui possit hereditas procuratore adeunte prætorem. Proponitur verò his verbis *vtrum autem* coniunctim superioribus, quasi commune aliquid habeat cum iis quæ in §. prox. præced. idem Vlp. ex Iuliano tractauerat de confirmandis patris tabulis vt ex substitutione pupillari possit heres cogi adire & restituere hereditatem. Quod tamen quàm dissimile & disparatũ sit nemo non videt. Hinc namq. mihi faciendũ visum est nostræ contra Tribonianum disputationis exordium. Ipsa autem quæstio, qualis sit & quam habeat dubitandi rationem non facilè animaduerto. Nemo enim vnquam ex prudentibus dubitauit quin etiam absentis procuratori si id desideraret restitui posset hereditas ex Trebelliano, saltem præstita per procuratorem cautione de rato si minùs euidens absentis voluntas proponeretur vt ex Iuliano Paulus tractat in *l. qui ita 66. §. etiam absentis eod. tit.* Nihil enim refert an nobis an alij ex volũtate nostra restituatur hereditas siue mandauerimus siue ratum habuerimus, sicut & aliàs contingit quoties tractatur de solutione eius quod nobis debetur, *l. solutam 49. & pass. D. de solut.* Restitutio enim hereditatis solutio debiti est, licèt etiã successio sit cũ ex ea obligetur is cui hereditas restituitur, qui sensus est, *l. nõ enim 38. D. ad SC. Trebell.* Imò nec interest cui nostro nomine restituatur, paterfamilias sit an in aliena potestate, & an masculus an mulier, adeóque nec an liber an seruus, quia perinde est ac si restituta mihi esset hereditas, quæ alij meo nomine restituta est, *l. quamuis 40. §. vlt. cum duab. seqq. & l. seruo. 65. §. vlt. eod. tit.* Nec quod per liberam personam alteri acquiri nihil potest, *l. 1. C. per quas person. nob. acquir.* impedire potest restitutionẽ, quoniam procurator hoc casu nihil nisi ministerium præstare intelligitur, vt in *l. & licet libera 15. D. de pecun. const. l. quod meo 18. D. de acquir. poss.* Præter id quod ex generali illa regula excipitur causa possessionis quam placuit vtilitatis causa posse acquiri per liberam quoque personam, *d. l. 1. l. 1. C. de acquir. poss.* per possessionẽ verò etiam dominium si proprietas à possessione separari non possit, inquit, *l. per procuratorem 8. eod. l. si procurator 13. D. de acquir. rer. domin.* Tractamus autem de vero procuratore qui habeat mandatum. Nam si nullum habeat, certum est non posse eum tanquam procuratorem agere vt heredem cogat restituere hereditatem, sicut nec quicquam aliud in iudicio petere, *l. licèt 24. C. de procurat.* neque si cautionem offerat de rato. Cautioni enim tunc locus esse solet cùm dubitatur de mandati iure & potestate, *l. 1. eod.* aut cùm ea persona agit quæ potest agere sine mandato, *l. sed & hæ persona 35. D. eod.* non etiam cùm apparet sine mandato eum agere qui non sit ex coniunctis personis. Porrò cùm adest mandatum quænam dubitandi ratio esse potest, cur non absentis quoque procuratori restitui

possit

possit hereditas? Nam si mandatum tale sit vt non talis euidens mandantis voluntas esse videatur, potest eo casu vtilis esse cautio de rato, ne is qui procuratoris fidem sequitur periclitetur. Et fideicommissario posteà ratum habente, apparet vtiliter factam esse restitutionem quia ratihabitio mandato æquiparatur *l. vero procuratori 12. in fin. D. de solut. l. vlt. C. ad SC. Maced. l. donationes quas parentes. 25. in fin. C. de donat. int. vir. & vxor.* Sin ratum habere nolet, inutilis quidem restitutio est, sed nullum ex eo damnum sentit is qui restituit cùm perinde maneat dominus rerum hereditariarũ omnium acsi restitutio nulla facta esset hereditatis quã sponte adierat. Id enim est quod ait *d. §. etiam absentis. Quòd si sponte adierit hereditatem non magna captio est.* Illud etiam obseruandum est loqui nos de mero & simplici procuratore. Nam in eo qui procurator, in rem suam constitutus esset ratio illa restitutionem impediret, quod non aliter transire actiones possint ex Trebelliano quàm si restituatur hereditas ab herede ita vti testamento rogatus est, & eo ipso modo quo testator voluit. Quod non contingit cùm alij restituitur quàm fideicommissario, id est in alterius quam ipsius fideicommissarij commodum, quamuis ex fideicommissarij voluntate vt in superioribus disputauimus ex *l. si mulier. 59. §. ex asse. D. de iur. dot. l. 1. l. sed etsi antè* 10 *D. ad SC. Trebell.* At in simplici procuratore neque dubitatio neque dubitandi ratio vlla est propter quam valere non debeat hereditatis restitutio facta procuratori absentis. Videamus autem quid ad tam arduam quæstionem Tribonianus respondeat. *Ego puto*, inquit, *absenti quoque fideicommissario cogi posse heredem adire & restituere, nec vereri heredem oportere ne fortè in damno moretur.* Responsio est vt apparet ad aliam longéque obscuriorem quæstionem quàm quæ proposita fuerat, Nimirum ad illam vtrum absente fideicommissario possit per eius procuratorem cogi heres, vt hereditatem non solùm restituat quam sponte adierit, sed etiam inuitus adeat quam sponte adire nolit. In quo nemo non videt maius periculum versari heredis, qui adita hereditate mansurus sit implicitus oneribus hereditariis si non exoneretur per restitutionem. Ideóque ipsius quàm maximè interest vt de fideicommissarij mandato & voluntate constet euidenter. Nec si vel tantillum dubitetur æquum est committi cum incerto cautionis, id est, cogi adire ob id solùm quod procurator paratus sit cauere de rato, propter fragilitatem cautionis, vt scriptum est in *d. §. etiam absentis*: id est, quia fieri potest vt cautio quamuis principio idonea, postmodum inanis fiat & elusoria fideiussoribus fortasse ad inopiam & egestatẽ delapsis, Quo tamen casu non eo minus heres manebit, & implicitus oneribus hereditariis qui semel fuit. Qua etiam de causa placuit nec eum quoque adire cogi posse qui non nisi de pecuniario fideicommisso fuerit rogatus, aut legato grauatus, tametsi cautio indemnitatis offeratur, inquit Hermogenianus in *l. nam quod 14. §. vlt. D. ad SC. Trebell.* quia nemo se cogitur adstringere oneribus hereditariis propter alium vt Papin. ait in *l. non est cogendus. 53. eod.* Se autem adstringit quisquis heres fit, si non subsequatur hereditatis restitutio quæ iura omnia & heredi & in heredem competentia transferat in fideicommissarium, *d. l. 1. l. quia poterat. 4. & pass. eod. tit.* Quòd si ponas ita constare de mandato vt de fideicommissarij voluntate dubitari nullomodo possit, nec de rati cautione præstanda consequenter quæri oporteat, difficile sanè est dicere quidni per fideicommissarij procuratorem æquè ac per

fideicõmissarium ipsum cogi heres possit vt & adeat & restituat, cùm generale sit & perpetuum vt quod quis per alium facit per seipsum facere videatur. Neque enim verendũ est ne aditam hereditatem sibi restitui nolit fideicommissarius, qui per procuratorem compulerit heredem adire. Quo namque colore aut qua fronte id recusaret? Illud verò multò minùs verendum est ne moretur in damno heres, si priùs decesserit fideicommissarius quàm ei restituatur hereditas. Nam vel heredẽ aliquem relinquet, vel nullum. Si heredem habebit idem iuris in herede ipsius constituendum erit quod in ipso constitutum est, vt scilicet non possit recusare restitutionem quam recusare non potuit is cuius hereditatem suscepit: Sin decesserit sine herede hoc ipso tamen perinde habetur hereditas pro restituta hactenus vt creditoribus hereditariis non minùs liceat vendere huius heredis bona, & consequenter quicquid in restituenda hereditate reperietur, acsi iam restituta hereditate decessisset. Vt non minùs apertè quàm eleganter Marcellus tractat in *l. postulante. 44. iunct. l. si postulante 67. D. eod. tit. ad S C. Trebel.* Quid ergo est quod sequitur in *d. §. vtrum autem, Potest enim ei per Pratorẽ succurri siue cautum ei fiat, siue non & ante decesserit, fideicommissarius quàm ei restituatur hereditas.* Præsecerũt namque verba ista, fore, vt in damno moraretur heres si non ei per prætorem succurreretur? quod tamen euidenter falsum est, vt diximus. Cùm dubitari non possit quin fideicommissum non modò purificatum vt loquuntur, id est cuius dies vtiliter cesserit, sed etiam agnitum adeóque ita petitum vt inuitus heres adire coactus sit, transmittatur ad heredem licèt fideicommissarius decesserit ante restitutionem. De illo namq. duntaxat fideicommisso quæri solet an ad heredem transmittatur, nécne quod purificatum quidem fuit sed non agnitũ. De qua quæstione quid nobis videatur in sequentibus dicemus. Porrò non est quod prætor succurrat ei, qui ipso iure tutus est, nec video cur necesse sit quærere rescriptum aliquod Diui Pij aut alterius Imperatoris ex quo exẽplum sumi possit vt sciatur qua ratione aut via huic heredi succurrendum sit qui adiit coactus. Nisi rursus velis ad eum casum regredi, in quo is qui se procuratorem dixit vel nullum habuerit mandatum, vel habuerit minus sufficiens vt de fideicõmissarij voluntate non satis cõstet. His enim casibus, vtique dici non posset securum fore heredem qui inuitus & cogente tali procuratore adiisset siue de rato aut de indemnitate cautum ei fuisset siue non. Sed iam diximus, Non solùm si mandatum nullũ proferatur, sed etsi tale aliquod proferatur ex quo minùs euidens sit absentis voluntas, non esse cogendum heredem vt adeat nec si millies nec si locupletissimè ipsi caueatur, propter cautionis quantumlibet idoneæ fragilitatem *d. §. etiam absentis.* Quanto minùs adire cogendus si nulla ei cautio offeratur? Neque tamen possis dicere imputandũ ei esse cur tam facilè adierit, ac prius quàm ei benè cautũ esset, cùm de illo agamus qui non nisi coactus adiit, & vrgente imperio prætoris, cui vtique parêre habuit necesse. Adeò vt si quod damnum aut incommodum ex eiusmodi aditione sentiret, nõ tam ei imputandũ esset qui benè paruisset, quàm prætori qui malè coegisset. Quare non possum satis mirari rationem illam præcedentem *nec vereri heredẽ oportere ne fortè in damno moretur.* Ideo namque subiecta est ne quis miraretur quod proximè responsum erat cogi posse heredẽ per absentis fideicommissarij procuratorem, vt hereditatẽ adeat & absenti restituat. Quis enim nescit non posse in damno morari heredem qui à

qui à prætore compulsus adierit, quíque prætorem ipsum, vt ita dixerim, de indemnitate sua quodammodo habeat obligatum? An non satis in eam rē prouisum est Senatusconsulto Pegasiano quod ipsum cogendi heredis ius induxit? Aut quid frequentius in *tot. tit. D. ad SC. Trebel.* quā illud toties scriptum legere, neque lucrum, neque damnum vllū ex hereditate aut occasione hereditatis, remanere penes eum debere qui cōpulsus adierit? Itaque ratio illa, quòd vereri non debeat heres ne fortè in damno moretur, lōge accommodatior est ad persuadendū heredi ante coactionem vt sponte adeat, quàm vti ne post coactionem existimet vllum sibi periculum ex aditione imminere. Itémque quod sequitur *Potest enim ei succurri per prætorem.* Quid enim prætore indiget qui pro se habet autoritatem senatusconsulti? Sed pergamus ad eorum, quæ in textu sequuntur explicationem. Ait lex *Est enim huius rei exemplum capere ex rescripto Diui Pij in specie huiusmodi.* Viden' phrasim græcam & apertè Tribonianeam, digniorē sanè quæ in Iustiniani Nouellis constitutionibus, vbi & frequentissima est quàm in prudentum responsis legeretur. Audiamus verò rescriptum Diui Pij, & consideremus speciem ad quam accommodatum fuit, vt inuestigemus an & in quo similis sit ei, quam nos tractamus De herede per fideicommissarii absentis procuratorem coacto adire vt restitueret & ante restitutionem defuncto. Antistia decedens Titium heredem instituerat, & Albinæ libertatem directam dederat, eíque filiam per fideicommissum reliquerat, rogaueráque vt filiam manumitteret, sed & Titium rogauerat vt manumissæ filiæ Albinæ restitueret hereditatem. Cùm igitur Titius suspectam hereditatem diceret, rescriptum est à Diuo Pio compellendum eum adire, quo adeunte Albinæ competituram libertatem eique filiam tradendam, & ab ea manumittendam, tutorémque filiæ dandum quo autore restituatur hereditas filiæ statim, quamuis sic fuisset rogatus ei restituere *cùm nubilem ætatem complesset.* Cùm autē posset, inquit, euenire vt antè decedat ea cui fideicommissaria libertas & hereditas relicta est, nec oporteat damno adfici eum, qui rogatus adiit hereditatem, remedium dedit, vt si quid horum contigerit, perinde permittatur venundari bona Antistiæ, ac si heres ei nullus extitisset. Hactenus rescriptum Diui Pii, in quo illud primùm mirum est, quod voluit ille compelli posse heredem per Albinæ filiam cui fideicommissaria libertas & hereditas debebatur. Id enim à iuris ratione alienum est, an ob id duntaxat, quòd liberam esse Albinæ filiam oporteret, priusquàm eum cogeret? vt sentire videtur Accursius? Minimè. Numquam enim dubitatum est, cogi posse heredem institutum adire, & restituere hereditatem seruis, siue directa, siue fideicommissaria libertas eis data fuisset, cùm asseruari heres non deberet personam cogentis, habet enim hic quoque aditum, vt quamuis nondum petere fideicōmissariā libertatē possit, neque directam sibi vindicare, propter spem tamē libertatis & hereditatis aditum ad prætorem & per se habeat *l. mulier quæ duobus 22. §. non est dubitatum D. eod. tit. ad SC. Trebell.* Illud certè fieri nunquam potest vt restituatur seruo hereditas priusquàm libertatem sit consecutus *l. si cui pure 31. §. 1. si res aliena 52. §. 1. eod.* Adeò vt nec sufficiat consecutum eum esse libertatem si aliquo casu possit illa reuocari, puta exitum intestati faciente tandem testatore, vt Vlpianus innuit in *l. cogi 16. §. vlt. eod.* illis verbis, *& ob hoc in eam causam res perducta est, vt is qui legauit, intestatus esse non posset.* Sed cui non permittitur petere restitutionem heredi-

tatis ante consecutam libertatem, permittitur adire prætorem vt cogat heredem ad adeundam hereditatem, quò postmodum & libertas competere aut deberi incipiat, & hereditatis restitutio fieri possit. Illud igitur duntaxat obstabat in specie rescripti Diui Pii quominus heres per Albinæ filiã compelli posset ad adeundum, quòd regulariter non est cogendus heres suspectam adire hereditatem ab eo, cui libertas à legatario, & hereditas ab herede relicta est, cùm status hominis ex legato pendeat, & nemo cogatur se adstringere oneribus hereditariis propter legatum. Quid enim si inter moras non manumittente legatario seruus decesserit? vt eleganter Papin. disputat in *l. non est cogendus 53. eod.* Sed & quod magis est, si seruus non à legatario, sed ab altero ex heredibus libertatem ab altero fideicommissariam hereditatem accepit, item Papin. respondit in *d. l. si res aliena 52. §. 1.* neutro ex heredibus adire volente nullas esse partes prætoris, quia neque propter solam libertatem compellitur quisquam adire, neque is à quo libertas data non est, propter eum qui nondum liber est, vt adeat, compelli potest. Et locus est, inquit. senatusconsulto (non Trebelliano, vt Accurs. interpretatur, aut, quod potius dicere debuerat Pegasiano, quod coactionem induxit, sed alii quod de manumissis factum esse Marcellus refert in *d. l. postulante*) cùm ab omnibus heredibus directa vel fideicommissaria libertas, aut ab eo datur à quo hereditas quoque relinquitur. Sic enim putò legendum adiuncta particula illa disiunctiua *aut*, cuius omissio Accursium nostrum compulit vt præcedentia *ab omnibus heredibus* interpretatus sit *ab aliquo omnium.* Prorsus ridiculè & improbabiliter. Planè tum quoque cùm ab vno ex heredibus libertas, ab alio hereditas per fideicommissum relicta est, fieri tamen interdum potest vt cogi debeat & adire & restituere is à quo hereditas relicta fuit, non solùm si fortè is à quo libertas data erat portionem suam repudiauerit, vel condicione exclusus sit, ita vt portio eius ad alterum peruenerit, cùm nihil intersit quo iure debitor & libertatis & hereditatis idem esse cœperit, vt Papinianus ibidem subiungit, aut si in superiore casu datæ libertatis à legatario decesserit legatarius viuo testatore, quod cùm euenit, iam in heredis potestate est, vt manumisso restituat hereditatem *d. l. non est cogendus in fin.* Sed &, si ponas eum ex coheredibus à quo data libertas fuit, & adiisse hereditatem & libertatem dedisse, priusquam coheres portionem suam adiisset, de qua restituenda grauatus esset. Cùm enim hoc casu iam liber sit is cui hereditas fideicommissaria debetur, nihil prohibet quominus grauatum coheredem qui adire non vult cogat & adire & restituere *d. l. cogi §. vlt.* vbi & rescriptum aliud Diui Pij refertur, quo hoc ipsum constitutũ est, sed ita tamen vt non tam nouum ius & extraordinarium eo rescripto inductum, quàm quod ex certissima iuris ratione iam obtinebat, confirmatum fuisse videatur. At in ea specie de qua nunc disputamus, & ad quam aliud eiusdem Pij Imper. rescriptum pertinet, de quo in *d. §. vtrum,* data erat libertas filiæ Albinæ, eidémque fideicommissariæ, non ab vno ex coheredibus qui portionem suam agnouisset, ac testatoris voluntati satisfecisset (vnus enim tantum heres scriptus erat, qui prætereà suspectam dicebat hereditatem) sed ab Albina matre eadémque libertatis suæ legataria, quæ ipsa tamen, neque dum libera erat, neque libertatem consequi poterat ante quàm adita esset hereditas, neque rursum heredem cogere vt adiret, cùm vt suprà dixi ex Papiniano nunquam compellendus sit heres vt adeat, séque actioni-

bus

bus hereditariis adstringat propter legatum. Ob idque, vt puto, cùm prętoris fideicommissarij nullæ partes essent, vt heredem compelleret, adeundus fuit Imperator, qui nouo casui extra ordinem prouideret, ac rei æquitate motus, nimiam hanc iuris asperitatem aliquo remedio temperaret. Occurrebat autem triplex æquitatis ratio, quæ suaderet vt ad hereditatem adeundam scriptus heres cogeretur. Prima illa, quòd duplicis libertatis fauor in hac specie versabatur, vnius directæ quæ ipso iure competitura erat Albinæ statim atque adita foret hereditas. Alterius fideicommissariæ, quam Albina facta libera, propriæ filiæ debitura erat statim atque filiam sibi ab herede ex fideicommisso traditam accepisset. Duplicis autem libertatis iacturam fieri siue ex pertinacia, siue ex meticulosa cunctatione heredis durius sanè erat, quàm si de solius fideicommissariæ libertate tractandum fuisset. Secunda, quòd minùs verendum erat, ne adita hereditate maneret heres implicitus oneribus hereditariis propter legatum, si fortè mora fieret præstandæ libertati fideicommissariæ, atque inter moras decederet Albinę filia, cui hereditas restitui debuisset: qua vna ratione mouetur Papin. in *d. l. non est cogendus*, vt neget cogendum adire heredem, cùm ab eo hereditas duntaxat, à legatario verò libertas relicta est. Quis enim crederet futurum vt Albina mater moram facere vellet in præstanda filiæ libertate? Nam si libertatis fideicommissariæ præstationem illud retardasset, quod in filia ipsa matri ex fideicōmisso præstanda heres prior moram fecisset, imputare sibi deberet ille, post modum defuncta interim filia ante restitutam hereditatem, cur non fuisset diligētior in præstando fideicommisso, sicut nec heredi succurri solet, quoties in eius potestate est vt fideicommissarius ad libertatem perueniat, eique posteà hereditas restituatur, *d. l. non est cogendus in fin.* Certum namque est heredem qui moram faciat in filia ex fideicommisso tradenda matri quę fideicommissariam libertatem dare debeat, moram quoque libertati fideicommissariæ facere videri, & consequenter restitutioni hereditatis fideicommissariæ, quæ pendeat ex libertate, *l. si quis seruo* 84. *de legat.* 2. *l. si cui legatum* 92. *in fin. de condic. & demonstr.* Heres autem qui est in mora pręstandi fideicommissi planè indignus est cui subueniatur, si non ex iusta causa distulerit restitutionem, *d. l. postulante in princip.* Itaque cùm in casu proposito non posset fieri mora restitutioni fideicommissi nisi per heredem ipsum, non erat cur hunc prætextum causaretur heres, ne hereditatem adire cogeretur. Tertia & pręcipua ratio æquitatis, & quæ Diuum Pium mouisse pręcipuè videtur, illa erat, quòd Albinæ filia, cui per fideicommissum restituēda erat hereditas, pupilla proponeretur, ideoque tantò fauorabilior & dignior cui prospiceretur, cùm sibi illa propter ætatem prospicere non posset, quæ si pupilla non fuisset fortassis aut precibus, aut qua alia ratione impetrasset ab herede vt sponte adiret hereditatem. Hanc enim potissimam rationem fuisse quæ Pij rescriptum expresserit, non obscurè innuit Papin. in *l. seq.* cùm scribit de eo rescripto tractans, licèt in alia specie rogato herede ex parte instituto de portione sua restituenda sub condicione, constitutum esse ab eodem Imp. non esse constitutioni suæ locum, neque pupillum extra ordinem iuuandum, si nouum beneficium cum alterius iniuria postularetur. De quorum tamen verborum sententia, quoniam paulò obscurior est dicendum nobis erit latiùs cap. 9. infr. Sed has omnes æquitatis machinas, illa multò fortior & iuris & æquitatis ratio prosternebat, quòd nulla

quoque mora facta, neque per heredem in fideicommisso præstando Albinæ,neque per Albinam in manumittenda filia, facilè tamen fieri poterat vt ante manumissionem filia eadémque fideicommissaria moreretur,atque ita maneret heres adstrictus oneribus hereditatis, quam non nisi coactus adiisset. Non enim ex eo solo exonerari posset, quod per eiusmodi aditionem libertas Albinæ obtigisset, cùm neque Albinæ hereditatem restituere iussus esset,neque Albina postulante adire coactus fuisset,quæ nec ob solam libertatem sibi datam cogere illum potuisset, *l.si patroni 55. §. qui fideicommissam,*verſ.*nec ad rem pertinebit. D. eod.* Quis vero æquum putet aut patiatur, morari in damno heredem quem inuitum prætor adire coegerit? Fuit igitur ob eam causam aliquod remedium excogitandum ne ius nouum & extraordinarium ei captiosum esset cui nihil posset imputari. Parum enim erat violari iuris rationem & regulam, in eo quòd postulante Albinæ filia quamuis nondum libertatem consecuta cogeretur heres adire, si modò indemnitati eius prospiceretur, ne damnum vllum ex aditione sentire posset, si fortè interim fideicommissaria decederet, cùm nec aliam ferè ob causam ius hoc ita cõstitutum sit,quàm huius periculi metu: posteaquàm fauore libertatis placuit,vt qui spem libertatis& hereditatis habet,licèt interim seruus sit,aditum tamen & per se habeat ad prætorem, *d.§. non est dubitatum,* possitque heredem cogere vt adeat, & libertatem præstet & hereditatẽ restituat. Nimirum si heres idem & libertatem debeat & hereditatem. Vix enim ratio alia reddi possit, quàm hæc ipsa quæ à Papiniano reddita est in *d. l.non est cogendus*, si quæratur, quamobrem hoc casu non etiam illo quo libertas à legatario & hereditas ab herede relicta sit,permittatur seruo vt cogat heredem.Remedium autem à Diuo Pio excogitatum illud fuit vt perinde permittatur venundari bona Antistiæ testatricis,acsi nullus ei heres fuisset.Sic enim fit vt neque Albina,neque Albinæ filia iniuriam patiantur,quibus singulis libertas cuique sua conseruatur, Albinæ directa, filiæ fideicommissaria cum fideicommisso hereditatis, neque damno afficiatur heres qui vt prætoris imperio paréret coactus adiit, neque oneretur existimatio defunctę cuius bona veneunt,quoniã idẽ contigisset,si hereditatẽ quã suspectã diceret heres adire compulsus nõ fuisset. Vtique autem non compulisset cum prætor vel Imperator,si aliquo casu vel tantillũ damni aut incommodi ex coactione ipsi accidere posse credidisset. Satisq; fuit hactenus faueri defunctę inducto contra iuris rationẽ extraordinario auxilio de compellendo herede vt aliquo saltem casu posset illa heredẽ habere etiam inuitũ,quem alioqui nullũ prorsus habuisset.Neque verò aliud quicquã erat quod D.Pius cõstituere posset,aut meliùs, aut æquiùs vt inuita iuris ratione, & inuito herede voluntatem defunctæ,& libertates testamẽto relictas, sine cuiusquã iniuria tueretur.Sed nemo nõ facilè iudicabit ex superiorib⁹, quã specialis hic casus sit,quámq; proprias,& planè suas habeat rationes, vt nõ facilè ad aliã speciẽ vllã trahi possit.Finge Albinæ filiã nõ matri legatariæ libertatis proprię,sed extraneo relictã esse per fideicõmissum,& ab extraneo illo legatario datam ei fideicommissariam libertatem. Non erit locus rescripto, quia nec duplicis libertatis fauor tùm concurret, nec tam facilè sperandum erit manumissam iri Albinæ filiam à legatario, cuius tamen moram in manumittendo,sicut non esset æquum nocere heredi, si post aditionem decederet illa in seruitute,ita nec ius nouum extorquere in fauorem fideicommis-

sarię

fariç, cui ius commune & ordinarium sufficere debeter. Atque ita Papinianum sensisse apparet, ex *d.l.non est cogendus*, quç vnica litura esset delenda, si ad eam speciē rescriptū D.Pij trahi posset: quod tamē à Papiniano ignoratū fuisse dici non potest, cùm eius expressim meminerit in *d.l.sed cùm ab herede 12.eo.tit.* quæ sumpta est ex eodē libro Papiniani, quo & *d.l.nō est cogēdus*, scilicet ex vicesimo quæstionū. Nec sanè minùs in ea specie quàm in hac de qua tractamus, remedio locus esse posset, ne propter legatum maneret heres adstrictus oneribus hereditariis, permissa nimirum venditione bonorū defuncti, acsi heredem non habuisset, si eadem ratio ęquitatis facere posset, vt à iuris regulis discedere liceret ad necessitatem remedij vltrò inducendam. Finge plures fuisse scriptos heredes, & ab vno datam libertatem, ab altero fideicommissariam hereditatem. Idem Papinianus in *d. l. si res §. 1. eod. tit.* negat vllas esse partes pretoris, in compellendis ad adeundum heredibus, aut altero eorum si neuter adire velit, vt iam diximus. Negat igitur in ea quoque specie locum esse rescripto Diui Pij, ex quo scilicet dicendum esset cogendum vtrumque heredem & adire & restituere, tùm permittendam distractionem bonorum defuncti, si ante restitutam hereditatem fideicommissarius moreretur. Quid enim obstare posset? Finge denique tractari de fideicommissario qui nō sit pupillus, vt in *d. §. 1. l. si res, & d. l. non est cogendus.* Tantus non erit fauor fideicommissarij, vt inuita iurisprudentia cogendus sit heres adire suspectam hereditatem, aut vt post aditam quoque hereditatem, quod à iure non minùs abhorreret defuncti bona perinde distrahantur, acsi hereditas adita non fuisset, *arg. d. l. sed cùm ab herede.* Nam cùm hereditatis aditio sit facti, *l. pro herede 20. & pass. D. de acquir. hered.* indéque fiat, vt qui semel heres fuit, nunquam desinere possit heres esse, *l. ait prætor 7. §. sed quod Papinianus. D. de minor. l. ei qui soluendo 88. D. de hered. instit.* nihil potuit Diuus Pius constituere quod à iuris regulis alienius esset, quàm vt venderentur bona defuncti heredem habentis quasi non habentis: vt ex eo apparet quod in hac ipsa *l. apud Iulianum in princip.* Vlpianus noster ex Iuliano scribit, si legatum fuerit heredi instituto relictum sub hac condicione, si heres non erit, & ob hoc suspectam dicat hereditatem ne perdat legatum, non esse illud admittendum, vt quasi hereditatem non adierit quā adiit coactus, sic legatum à coherede suo petat (adiit enim, inquit lex, licèt coactus, & coacta voluntas verè voluntas est, vt ad eum locum Accurs. notat ex *l. si mulier 21. §. pen. D. quod met. caus. l. si patre cogente 22. D. de rit. nupt.*) sed magis probandum esse vt offerri ei oporteat, præstaríque quantitatem legati à fideicommissario, tum eo facto adire compellatur: Quod & Paulus respondit in *l. debitor 59. in fine princip. D. eod.* Nec quod scriptum est in *d. l. si mulier 21. §. penult.* Ei qui per vim vel metum coactus adiit hereditatē, hactenus per pretorem subueniendum esse, vt habeat abstinendi facultatem, & consequenter bona defuncti venire necesse sit, quasi non adita hereditate, vt & in *l. cùm hereditate 55. D. de acquir. hered.* ad casum de quo tractamus porrigi potest, in quo licèt coactus heres adierit non tamen per vim & metum: sed vrgente imperio pretoris, cuius certè dignitati non conuenit, vt quod ipse fieri iussit, eodem loco habeat, acsi per illicitam vim & coactionem factum esset: quod eueniret si pro non herede haberet illum quem inuitum heredem fieri coegisset.

Ad verſ. vltim. d. l. apud Iulianum, & ad l. ille à quo 13. in princip. eod. tit.

CAPVT VIII.

HÆc cũ ita ſint quæ hucuſq; cõtra Tribonianũ diſputauimus, fateor ingenuè me nõ intelligere quid ſibi velit vir bonus in vlt. illo verſ. qui ſic habet, *Cum igitur demonſtrauerit Diuus Pius ſuccurri heredi inſtituto, qui compulſus adiit, dici poteſt etiam in cæteris cauſis exemplum hoc ſequendum, ſicubi venerit, reſtituatur fideicommiſſaria hereditas ei qui compulit adire & reſtituere ſibi hereditatem.* Primùm autem non dubito quin ſcripſerit ille aut ſcribere voluerit, *ne reſtituatur fideicommiſſaria hereditas.* Nam cùm reſtituitur hereditas ex fideicommiſſo, quænam obſecro, ſubeſſe poteſt æquitas aut neceſſitas inducendæ conſtitutionis Diui Pij? Aut quis ex eo tempore vſus eſſe potuit SC. Trebelliani, ſi in caſibus omnibus reſtituendæ vel reſtitutæ hereditatis reſcriptum Diui Pij locum habere debuit? Sed neque id eſſet ſequi exemplum reſcripti, vt Tribonianus loquitur, cùm in ea ſpecie de qua Diuus Pius reſcripſit, non fuerit reſtituta hereditas, eáque ratio ſola remedij neceſſitatem induxerit, quod defuncta ante reſtitutionem fideicommiſſaria Albinæ filia futurum alioquin erat vt heres qui compulſus adierat, oneribus hereditariis mergeretur. Secundum quod non debuerat in ſequentibus ita ſcribi, *ei qui compulit adire & reſtituere ſibi hereditatem.* Implicat enim contradictionem, vt hereditas non ſit reſtituta ei qui compulerit heredem adire, ſibíque reſtituere.) Sed ſic potiùs, *ei qui compulit adire ad reſtituendam ſibi hereditatem.* Fecitque is error fortaſſe vt negationem illam, quam nos reponimus ſuſtulerit imperitus quidam interpres, vt verborum contradictionem effugeret, non animaduertens ita futurum, vt quod eſt longè indignius, ſententia ipſa contradictionem haberet. Bonus verò Accurſius non parùm laborat vt ſe expediat, ac primùm verbum illud *reſtituatur*, ſic interpretandum eſſe ait, *reſtitui poſtuletur*, ſupplendo quod neceſſariò ſuppleri debere ſenſit, *nec tamen reſtituatur*, quod prorſus improbabile fuerit. Deinde magis probat, vt propriè accipiatur de hereditate reſtituta, ſed ante diem aut condicionem fideicommiſſario poſteà mortuo ante dici vel condicionis euentum, quaſi ſenſus ſit, Vbicunque vnus heres ſolus & purè inſtitutus eſt, idémque rogatus hereditatem reſtituere in diem vel ſub condicione, ſi ante diem vel condicionem reſtituat fideicommiſſario, qui ante dici quoque aut condicionis euentum decedat, indemnem heredem ſeruari oportere. Nimirum permiſſa diſtractione bonorum hereditariorum, ac ſi nemo heres fuiſſet. Sic enim Accurſium ſenſiſſe neceſſe eſt, vt accõmodata ſit interpretatio ad textum in quo ſcriptum eſt, In huiuſmodi cauſis omnibus ſequendum eſſe reſcriptum Diui Pij. Et ob id vt puto, locutus eſt, de eo herede qui ſolus fuerit inſtitutus, ne pugnet quod in *l. ſeq.* Papinianus ſcribit ab eodem Diuo Pio reſcriptum fuiſſe, non eſſe locum ſuæ conſtitutioni, ſi ab herede pro parte inſtituto fideicommiſſum ſub condicione relictum proponatur. Et tamen apertè falſa eſt hęc interpretatio. Etſi enim heredem qui in diem vel ſub condicione rogatus hereditatem reſtituit ante diem vel condicionem, coactus à prætore, indemnem ſerua-

seruari debere verum est, non tamen id fit eo remedio quod Diuus Pius induxit, vt defuncti bona perinde distrahantur, acsi adita hereditas non fuisset, sed autoritate senatusconsulti Pegasiani, quo sicut inductum est, vt cogi heres possit ad adeundum, ita & eo ipso prouisum ne ex eiusmodi coactione damnum vllum sentire debeat, sed transeant actiones omnes ex Trebelliano in eum qui coegit, *d.l.quia poterat 4.l.cogi 16.§. idem Marcianus quærit eod.* Qui sensus est Vlpiani in *l.ille à quo 13.in princ.eod.* cùm ait illũ à quo sub condicione fideicommissum hereditatis relictum est non posse quid causari ne condicio deficiat & hæreat actionibus, id est, non posse eo prætextu recusare quominùs ad adeundum cogi se patiatur, *cùm,* inquit, *nullum damnum sit futurum secundùm ea quæ ostendimus.* Est enim illa lex desumpta ex Vlpiani lib.4.fideicommissorum, ex quo & *d.l.quia poterat,* itémque *lex sed etsi alio loco 9.eod.tit.* in qua etiam tractat de herede suspectam dicente, & adire coacto: & cum qua potiùs videtur prima illa sententia, *l.ille à quo,* coniũgenda. Nõ ob id solũ quod in *§.vlt.d.l.sed etsi,* tractatur de herede scripto sub condicione. At in *d.l.à quo*, de herede grauato sub condicione, sed etiã propter vers. qui sequitur in *d.l.ille à quo iã igitur non desideratur heredis præsentia.* Est enim id omnino alienum à præcedentibus, nisi referatur ad *d.l. sed etsi*, in qua idem Vlp. scripserat, si heres alio loco iussus sit adire & reipublicæ causa absit, æquè cogendum eum & adire & restituere vbi abest, ac proinde non esse necessariam ipsius præsentiam, neque in loco vbi hereditatem, & adiri & restitui defunctus voluit, neque apud prætorem ex cuius imperio & iurisdictione fiat coactio. Nam sicut hereditatem recusare heredes non solùm præsentes, sed etiam absentes, & per epistolam possunt, ita & aduersus absentes eos postulatur decretum, siue certior sit eorum voluntas recusantium adire & restituere hereditatem, siue incerta, vt idem Vlpianus scribit in *l.recusare 6.in princ.eod.* quæ ex eodem quoque libro quarto fideicommissorum deprompta est, *adeò*, inquit, *præsentia eorum non est necessaria.* Nempe quia tùm solet necessaria esse præsentia illorum contra quos aliquid decernitur, cùm ex eo decreto lędi possunt, *l.nam ita 39.D. de adopt.l.vlt.D.de natal.rest.l.de vnoquoque 43.D.de re iudic.* At extra omne damni periculum est is qui per prætorem adire compellitur. Quidni ergo aduersus eum licèt absentem & ignorantem decretum impetrari poterit? Nec enim faciet decretum quominùs sponte adire possit si velit, quandiu non adiit coactus, saltem quandiu suspectam non dixit, cùm etsi suspectam dixisset, ac pendente fideicommissi condicione adire coactus fuisset, Falcidiam pœnitendo posset inducere, vt Papin. loquitur in *l.si patroni 55.§. quid ergo, si non alij eod.tit.* quamuis non etiam si vel purè rogatus vel pòst impletam condicionem dixisset suspectam, & adire coactus fuisset, *l. nam quod 14.§.qui compulsus eod.l.4.in fin.C.eod.* Vnde illud etiam est quod si adire iussus antequàm voluntatem suam declarauerit, dicat se deliberare non sit audiendus, nec eò minùs cogendus vt statim adeat, etiamsi sit in legatione, sed cum hoc tamen temperamento vt non statim restituat, sed vt reuersus domum si putauerit sibi expedire, commodo falcidiæ vel testamenti vtatur, vel si non putauerit, restituat totam hereditatem, ne onera patiatur, *l. si legatus 30.eo.tit.* vt appareat non tam ad auferendũ heredi beneficium iuris deliberandi coactionem hanc fieri, quàm ad collocandum in tuto fideicommissum ne ante aditionem decedens heres fideicõmissariũ decipiat, vt

Vlp.loquitur in *§.1.d.l.ille à quo.* Eadémque ratio facit vt quãuis non nisi in diẽ vel sub condicione fideicommissaria hereditas relicta sit, heres tamen statim cogi possit ad adeundũ,ne alioqui fideicõmissum facilè intercideret si dies aut condicio expectaretur,atq; interim heres moreretur. Nec eò minùs tamen verũ est transire ex Trebelliano actiones. Nã quod dici solet, siue antè diẽ,siue ante impletã condicionẽ restituta sit hereditas, siue deniq; aliter quàm quomodo testator voluit,impediri translationẽ actionũ, *d.l.sed etsi ante,l.si mulier 59.§.ex asse. D.de iur.dot.* tunc verum est cùm heres sponte adiit, & restituit, non etiã cum coactus. Cur enim aut quomodo possit translationem impedire coactio,quæ & senatusconsulti Pegasiani autoritate fit,& imperio prætoris, nec ad alium finem quàm vt actiones transferãtur? Nam siue Senatusconsulti Trebelliani verba inspicimus, propter quæ potissimum id ius constitutũ est,vt disputauimus in præcedentibus, nõ possunt illa obstare restitutioni, quæ fiat ex alio Senatusconsulto, id est,ex Pegasiano per quod Trebelliani forma & potestas hoc casu immutata fuit, siue testatoris voluntatem attendimus, ad quam maximè verba Senatusconsulti Trebelliani videntur respexisse, non potest videri quicquam fieri contra voluntatẽ,tametsi hereditas purè restituatur,quam in diẽ aut sub cõdicione restitui voluit,cùm si ea coactio non esset, tota voluntas intercideret destituto testamento. Quanquã si quæratur,cur per heredẽ adire coactũ restituenda sit hereditas ante diẽ,& non expectata condicione,verior ratio illa est, quod frustra expectaretur condicio cuius euentus aut defectus nihil operaretur, *l.qui fundum 87.§.si tu ex parte ad leg.Falc.l.aliquando 13.§.vlt.* in illis verbis, *quò enim bonum est expectare condicionem vel diem cùm in ea causa sit prior iste debitor vt omnimodo ipse debeat suscipere actionem? D.ad SC.Velleian.l.si quis ita scripserit 33.D.de hered. instit.* Atquin etiamsi deficeret condicio sub qua restituere rogatus fuit is qui adiit coactus, non eò magis tamen hereditas remanere posset penes eum qui coactus adiisset. Ergo neque quòd condicio possit deficere, facere debet vt restitutio differatur,neque quod posteà condicio defecerit,potest eum effectum habere, vt ex restitutione iam facta non possint videri translatæ actiones, *d.l.ille à quo, in princ.* cuius verba illa, *secundùm ea quæ ostendimus*, nequeas referre ad ea quæ de rescripto Diui Pij proximiùs disputata sunt in *d.§.verum*, quin adscribenda sint Triboniano potiùs quàm Vlpiano. Non enim aut necessarium,aut conueniens est,vt ad eam speciem qua heres rogatus sub condicione coactus fuerit hereditatem adire, statímque restituere, rescriptum Diui Pij accommodetur,vt diximus,præsertim ex qua parte permittit distractionem bonorum hereditatiorum, tanquam non adita hereditate. Nam & in ea ipsa rescripti specie placuit hereditatem confestim restitui ex fideicommisso,quę ex verbis testamenti non aliter restituenda erat, quàm si Albinæ filia,eademque fideicommissaria nubilem ætatẽ compleuisset: Quod ipsum non tam rescripto nouo quàm iuri communi& ordinario tribuendum est, siue namque fideicommissi dies incerta sit vt illa, *cùm nubilem ætatem compleuerit*,ea obtinent,quæ modò diximus,quia pro condicione est, *l.si cui legetur 49.de leg.1.l.si Titio 22.D.quand.dies legat.ced.* Siue sit certa, non potest deficere,tantóque faciliùs permittendum est,vt restitutio fieri possit cõfestim cùm nihil intersit nisi propter fructus medij temporis, quorum lucrum non magis retinere potest heres qui adiit compulsus, quàm aliud vl-

lum

lum commodum quod ex eo testamento proficiscatur, *l. ita tamen 27. §. qui suspectã, d. l. si patroni 55. §. quid ergo in fi. ad SC. Treb.* Planè si heres sub condicione scriptus sit, aliud est, & quamuis suspectam hereditatem dicat, expectandus est euentus condicionis, si casualis illa sit aut mixta, sin promiscua vt Iureconsulti nostri loquuntur, aut vt interpretes, potestatiua, cogendus est heres vt eam impleat, si neque difficultatem habeat, neque turpitudinem. Alioquin ab initio remittenda est, vt Caius scribit in *l. facta 63. §. si sub condicione eod.* vbi rationem reddit, quòd absurdum sit plus à prætore tribui ei qui fideicommissum petit, quàm testator voluerit. Vtique autem testator, nisi expleta condicione, neque scriptum heredem ad hereditatem vocauit, neque per hunc voluit illi restitui hereditatem. Prius siquidem est vt heredi delata sit hereditas, quàm vt eam adire possit, siue sponte, siue coactus, *l. delata 151. de verb. signif.* aut etiam repudiare, *l. nec is 17. in fi. de acquir. hered.* quia vt in l. seq. Paulus ait, Is repudiare potest qui & acquirere. Quid porrò aliud est in effectu suspectam dicere, quàm repudiare? nisi quod repudiatio sit sollennius, quàm nuda recusatio. Illa enim fit in iure duntaxat, *l. 3. & 4. C. de repud. her.* hæc quoquomodo *l. recusari 95. D. eod. 16. D. ad Trebell.* aut quomodo hereditatem restituere potest, is qui nondum potest adire, *d. l. sed etsi alio loco 9. §. vlt. ad Trebell.* Dices, Hanc ipsam rationem facere debere vti ne possit heres cogi restituere statim hereditatem, de qua fuerit rogatus sub condicione, tametsi coactus adierit, quoniam cùm hoc fit plus tribuitur fideicommissario quàm voluerit testator. At respondeo, quod suprà iam attigi, fieri hoc ex necessitate, propterea quòd nihil prosit expectari euentum condicionis, quæ etiamsi deficeret, non inde tamen fieret, vt fideicommissum intercideret cuius conseruandi gratia heres adire coactus fuisset, aut vt lucrum ex eo aliquod penes heredem remanere deberet, qui suspectam dicendo lucri spem omnem sibi præripuisset, si non ante condicionis euentum pœniteret *d. §. quid ergo*, quo loco quod Papinianus tractat de herede qui pendente condicione adire coactus sit, certum est ad eum pertinere, qui sub condicione non institutus fuerit, sed rogatus: quæ & vna est ex Accursij expositionibus. Denique condicio adiecta institutioni, suspendit aditionem & repudiationem, quousque impleta sit, si non remittatur, iis nimirum casibus, quibus placuit ab initio remitti. At condicio inserta fideicommisso, nihil nisi fideicommissi petitionem & acquisitionem suspendit. Cui porrò suspensioni locus nullus relinquitur, cùm heres adire coactus, planè indignus est, qui ex hereditate, adeóque ex testamento retinere quicquam possit. Imò dignus omnino est, cui damnum condicionis infligatur, quomodo idem Papin. loquitur in alia specie multò dubitabiliore, *l. Imperator 50. eod. tit.* Quod enim retinere heres non potest, qui iam adiit, prorsus necesse est vt in fideicommissarium transferatur, & fit vtrumque eiusdem senatusconsulti Pegasiani autoritate. Et consequenter vt ad Diui Pij rescriptum redeamus, nil necesse est hoc casu permitti distractionem bonorum hereditariorum, siue is qui sub condicione rogatus fuit, solus & ex asse heres institutus fuerit, siue ex parte cùm iuris ratio repugnet, quæ facit vt bona hereditaria per aditionem desierint esse hereditaria, factáque sint patrimonium heredis, *l. vltim. D. si pars hered. pet. l. sed si plures 10. §. filio impuberi, & §. ad substitutos de vulg. & pupill. substit.* nulla verò æquitas nos cogat vt iuris rationẽ violemus

ad succurrendum heredi adire coacto, qui facta restitutione tutus & indemnis est potestate senatusconsulti. Illa namque distinctio, An heres institutus sit ex asse, an ex parte non nisi ad eam speciem pertinet, de qua Diuus Pius rescripsit, vt sequenti capite dicemus. Alius igitur casus vel vnus saltem quęrẽdus est, in quo possit locũ habere quod in fine *d.l.* apud Iulianũ scriptũ est sequendum esse exemplum rescripti. Præsertim cùm verba illa legis, *in ceteris causis*, non obscurè innuant eiusmodi casum non vnum aut alterum, sed plures reperiri posse. An igitur, ne in aliis quærendis frustra laboremus, ille vnus saltem erit, cuius gratia tam longus de rescripto Diui Pij nobis habendus sermo fuit? Illum intelligo de quo in primis verbis, *§. vtrum autem*, instituta est disputatio, si heres qui suspectam dixit, coactus sit postulante absentis fideicommissarij procuratore, vt & adiret, & restitueret. Atqui casus hic in omnibus, & per omnia diuersus est à casu rescripti. Nam in illo non poterat ad adeundum heres cogi, neque per Albinam, quæ libertatis duntaxat legatum acceperat, neque per Albinæ filiam candémque fideicommissariam, quamuis pupillam quòd status eius ex legato penderet, *d.l.non est cogendus*. Ideóque fuit æquum succurri & duplici libertati, & pupillari ætati quantum citra heredis iniuriam & captionem fieri posset. At in casu nostro si verus procurator sit is, qui absentis fideicommissarij nomine vult heredem cogere, nihil causæ est, cur non habeat ius cogendi, perinde ac is ipse cuius est procurator, sin nullomodo procurator est, vel insufficiens, aut obscurum mandatum habeat, nullomodo est audiendus, ne quidem oblata cautione de rato, vt suprà diximus. Deinde in casu rescripti ea ratio obstabat, ne & libertatibus & pupillæ fauere Imperator posset, tametsi vellet, quod euenire poterat vt ante datam fideicommissariæ libertatem fideicommissaria ipsa decederet, atque ita beneficium Principis in concedendo iure cogendi heredis esset captiosum heredi. Si non illud quoque remedium excogitatum fuisset, vt eo casu bona defunctæ vendi possent, acsi nullus ei heres extitisset. At in specie, de qua tractamus, nihil tale accidere vnquam potest. Nam si mandatum & idoneum & apertum non habeat is, qui cogit, cùm omnimodo repellendus sit nullus quæstioni locus relinquitur. Sin tale habeat, quale habere debet, vt audiri possit, vsque adeò fideicommissarium obligat, cuius est procurator, vt nunquam possit ille posteà pœnitendo fideicommissi restitutionem recusare. Sed etsi fortè decesserit ante restitutionem, nihilomagis periclitari heres potest, quia vel fideicommissarium decessisse ponimus, aliquo herede relicto, vel nullo. Si aliquo, eadem vtique ipsius, quæ autoris ratio erit, vt recusare non possit restitutionem quam defunctus recusare non potuisset. Sin nullo, non ideò tamen erit necesse inducere rescriptum Diui Pij, quia non defuncti bona, tanquam defuncti vendenda erunt, sed fideicommissarij peræquè acsi post restitutam hereditatem decessisset, *d.l.postulante 44. l.si postulante 67. eod.* Nullo igitur casu potest locus esse rescripto Diui Pij, cùm heres & adire & restituere coactus est per absentis fideicommissarij procuratorem. Nam si poneres obreptum fuisse prætori, & procuratorem falsum quasi verus esset impetrasse à prætore vt heredem cogere posset (quo casu proculdubiò factum falsi procuratoris neque fideicommissario, neque heredi eius nocere deberet vt hereditatis restitutionem ex fideicommisso suscipere compellerẽtur) non putarẽ idcircò necessa-

necessarium fore rescriptum Diui Pij ad indemnitatem heredi præstandam, quia in promptu esset dicere nullius momenti esse decretum prætoris obreptitium, *l. tres tutores* 55. §. *vlt. D. de adm. tut. & peric. tut. l.* 1. §. 1. *l. magis puto.* 5. §. *pen. De reb. eor. qui sub tutel.* ideóque vel pro non facto habendum esse ipso iure, vel saltem rescindendum per in integrum restitutionem *l. Diuus* 33. *D. de re iud.* Esset enim perabsurdum & periniquum deficere iuris auxiliũ ei qui à prætore priùs circumuento fuisset ipse circumuẽtus, eiq. captiosam fieri necessitatem quam habuit parendi *l. non videntur.* 167. §. *qui iussu De reg. iur.* cùm is damnũ dicatur dare qui iubet, eius verò culpa nulla sit cui parêre sit necesse, *l. is damnum dat* 169. *eod. l. si quis* 7 §. *doli mali D. de iurisd. l. ait prætor* 7. §. 1. *D. de minor. l. nũquam* 4. *D. de aqua & aquæ pluu. arc. l. iniuriarum* 13. §. *si quis quod D. de iniur.* Sed & quod magis est in illa ipsa specie de qua Diuus Pius rescripsit (quod nescio an quisquam adhuc obseruauerit) facilè fieri potest vt non sit necessarium remedium illud extraordinarium de bonis defuncti post aditam hereditatem distrahendis, Nec si ponas fideicommissariam Albinæ filiam nondum restituta hereditate decessisse. Nempe si post adeptam ex causa fideicommissi libertatem decesserit. Ex eo namque tempore cùm incipiat esse capax habendi patrimonij tanquã alia persona quælibet libera suíque iuris, habeátque in bonis, si non hereditatem ipsam fideicommissariã, saltem ius persequendi fideicommissi, desinit esse necessarium auxilium rescripti, quod in id vsque tempus necessarium fuerat ad heredis indemnitatem, quoniam siue decedet illa cum herede non magis heres poterit recusare restitutionem quàm ipsa potuisset. Si verò sine herede parata erit actio creditoribus nõ tantùm ipsius fideicõmissariæ, si qui sint, sed etiam hereditariis in bona omnia per fideicommissariam relicta, in quorum numero etiam illa continebuntur, quæ fuerunt in hereditate restituenda acsi fuisset restituta *dict. l. postulante*, idque non iure aliquo extraordinario, sed communi, quod ita est comparatum vt quisquis heredem coegit ad adeundum hoc ipso perinde obligetur hereditati & actionibus hereditariis omnibus, atque si eo ipso instanti facta restitutio fuisset, *d. l. si postulante* 67. *in princip. D. eod.* Maximè verò, si tale quid contingat quod impediat ne post aditionem restitui ampliùs hereditas possit, etsi nõ video quisnam eiusmodi casus excogitari queat præter hunc ipsum de quo nunc agimus quo fideicommissarius decesserit sine herede ante restitutionem. Itaque si quis quærat, Cur Diuus Pius in illa specie rescripserit subueniendum heredi, hactenus vt Antistiæ bona per hereditarios creditores distrahantur, non illa ratio adferenda est, quòd fideicommissaria decesserit sine herede, sed quòd decesserit sine bonis, ac priùs quàm bona vlla habere posset, nimirum ante adeptam libertatem. Sic enim fit vt non possit permitti creditoribus hereditariis distractio bonorum, quæ nulla sunt fideicommissarij; qui nec ipse vllus intelligitur, quandiu liber non est, quia quod attinet ad ius ciuile & prætorium, serui pro nullis habentur, *l. quod attinet* 32. *De regul. iur.* iũct. *l. qui testamento* 20. §. *seruus quoque D. qui testam. fac. poss. l. nullomodo* 7. *D. ad leg. Cornel. de fals.* extra casum *d. l. mulier* 22. §. *non est dubitatum D. ad SC. Trebel.* Idque est quod Vlp. scribit in *l.* 1. §. *sed si quis suspectam. D. de separ.* vbi de eodem D. Pij rescripto loquitur non esse hoc casu personam cui restituatur hereditas. Quamquam, Tribonianum quoque iudicio meo valde redolét in eo §. verba illa *ex qui-*

bus casibus solet hoc euenire, non solùm quia scripsisset potiùs Vlp. *ex quibus causis*, sed etiam quia, vt probauimus, nullus omnino casus est in quo possit euenire vt postquàm heres coactus adiit persona non sit cui restituat, extra casum ipsum rescripti, Cùm si iam liber factus fideicommissarius decedat ante restitutam hereditatem habeatur restitutio pro facta *d. l. postulante & d. l. si postulante*, ideóq. bona ipsius venduntur non defuncti. Sufficit enim aliquando fuisse personā licèt iam nulla sit. At rescriptū D. Pij locum habet cùm fideicōmissarij persona nec vlla est, nec vnquam fuit. Ac proinde cùm non possint distrahi bona fideicōmissarij quę nulla sunt, nec bona quoque heredis distrahi æquum sit qui adiit compulsus à prætore, illud vnum relinquitur vt defunctæ bona vendi oporteat quasi nunquam adita hereditate. In quo seipsum decepisse videtur Tribonianus in *d. §. vtrū*, cùm ita scripsit *cùm autem possit euenire vt antè decedat ea cui fideicommissaria libertas & hereditas relicta est, nec oporteat damno adfici eum, qui coactus* (sic enim scribere Tribon. debuit, non *rogatus*) *adyt hereditatem, remedium dedit vt si quid horum contigerit, perinde permittatur, &c.* Scilicèt si sic intellexit, vt remedium necessarium fuerit in omni casu quo Albinæ filia ante restitutionem decesserit: quomodo eū sensisse probant verba illa *vt antè decedat* iunctis iis sequētibus *si quid horum contigerit*. Nam in præcedentibus ponit multa faciēda esse priusquàm ex fideicommisso restitui possit hereditas. Primùm cogēdum heredem adire vt directam libertatem Albina possit tibi vindicare, deinde ipsi Albinæ tradendam esse filiam ab herede ex fideicōmisso. Tertiò à matre ipsa manumittendā. Quartò tutorem filiæ impuberi & manumissæ dandum quo autore posteà restitui possit hereditas. Postremò vt ea restitutio petatur non per tutorem sed per pupillā ipsam tutore autore *l. restituta 37. §. vlt. cum duab. seqq. eod. tit.* In quibus omnibus faciēdis, nemo non videt mora opus esse & tempore, præsertim verò in dādo tutore filiæ post manumissionē, petendáq. per pupillam tutore autore hereditatis restitutione: Ideóq. facilè potuisse euenire vt fideicōmissaria decederet ante restitutā hereditatē. Errauit itaq. Tribonianus in eo quod distinctionē illā ex mēte D. Pij recipiēdā esse putauit, An fideicōmissaria decesserit ante an post restitutionē: cùm illa duntaxat distinctio adhibēda fuerit, An illa decesserit ante an post manumissionē, id est an persona aliqua sit, cui hereditas restitui possit, an nō sit, vt Vlp. loquitur in *d. l. 1. §. sed si quis suspectā. D. de separa.* Nimirū quod attinet ad rescripti remedium inducendū permittēdámq. distractionē bonorū defunctæ Antistiæ. Nā quod ad primū rescripti caput de cogendo herede ad adeundū vt libertates cōseruentur, cōcurrente pręsertim fauore pupillaris ætatis in persona fideicōmissariæ, nulla distinctio adhibēda est, sed id tātùm obseruandū ne rescripti ius tam nouū & extraordinariū ad aliam vllā speciem trahatur, quia nec alia vlla species potest occurrere, quæ valde dissimilis nō sit, aut in qua etiamsi maximè similis videatur nō aliud ius cōstitui oporteat, vt apparet ex *d. l. si res 52. §. 1. & d. l. nō est cogēdus 53. eo. tit.* Et sanè nō fuisset inducta primo rescripti capite coactio heredis si nō fuisset excogitatū remediū alio rescripti capite introductū: Sicut nec fuisset necesse nouū ius cōstitui in herede cogēdo cuius indēnitati ex solo senatuscōsulto Pegasiano cōsultū fuisset, quia senatuscōsulti ius cōmune sufficere potuisset, accedēte scilicet autoritate alterius senatuscōsulti de quo Marcellus in *d. l. postulante*, quo cautū fuit vt si postulante seruo cui & libertas & hereditas

tas ab herede relicta fuerit, heres adire coactus sit, non possit manumissus recusare quominus ei restituatur hereditas. Fuit enim senatusconsultum illud necessarium, nō quòd alioqui sit in potestate illius qui cogit heredem adire vt post aditionē recuset accipere hereditatē, aut quòd noua ipsius voluntate opus sit ad exonerandum haredē, (nam, vt diximus, quisquis heredē vt adeat cogit siue per se siue per procuratorē, hoc ipso se obligat oneribus hereditariis quandoque per restitutionem suscipiendis, si talis persona sit quæ obligari possit) sed iure prorsus singulari persona manumissi, qui cum coactionis tempore seruus fuerit, nec nisi propter spem consequendæ libertatis & hereditatis aditum habuerit ad pretorem, neque tunc potuit se obligare ciuiliter & efficaciter quia liberorū hominū adeóque ciuium Romanorū proprium ius illud est vt obligentur, quemadmodum vel ipsa obligationis diffinitio demonstrat in illis verbis *secundum nostræ ciuitatis iura Inst. de oblig. in princ. l. nec seruus 41. de pecul.* neque rursus ex antegesto, id est ex eo quod in seruitute fecisset post manumissionē conueniri posset, *l. 1. & tot. tit. an seruus pro suo fact. post manum. ten.* C. atque ita cōsecutus libertatem heredi impune illuderet quem hereditariis actionibus hęrere necesse esset, si non in eam rem senatusconsultū factum fuisset, Senatusconsultum, inquam, non Trebellianū vt vulgo interpretes sentiunt, aut Pegasianū (fuerunt enim illa generalia, & ad heredes omnes & fideicōmissarios pertinentia) sed aliud quod de manumisso dūtaxat locutū fuit, adeò vt nec manumissi heredē complexū sit, quemadmodū Marcellus scribit in *d. l. postulante,* vbi & huius omissionis rationem eam reddit quòd ferè sit vt quisquis coactus adit hereditatem confestim eam restituat, aut vt si non statim restituat hoc ipso moram cōtrahat, ex qua si damnum posteà sentiat sibi debeat imputare: sed tamen si iusta ex causa restitutionē distulerit, veluti si pecuniā ei defunctus debuit quā retinere malit ipse quàm petere sicuti non potest videri morā fecisse, *l. secundū 21. D. de vsur.* ita & eodem senatuscōsulto iuuandus est contra heredem manumissi, vt non magis restitutionem hereditatis recusare possit heres ille manumissi, quàm manumissus ipse posset si viueret *d. l. postulante.* Quòd si sine herede manumissus decesserit, & cōsequenter sine hereditate quia non facit lex hereditatē nisi vt faciat heredem, quemadmodum alibi scripsimus, quoniā tamen non decedit sine bonis, nullū periculum est ne moretur heres in damno, cùm bona hereditatis quæ ex fideicōmisso restitui debuit perinde possint distrahi per creditores hereditarios & quidē tanquā bona fideicōmissarij non tanquā bona defuncti, acsi manumissus post restitutam sibi hereditatem decessisset, vt ibidē Marcellus subiungit. Idque iure cōmuni & ordinario, non quòd vel eodē illo senatusconsulto inductum sit (quod sicut de manumissi herede nihil dixerat, ita neq. de eo casu quo manumissus decederet sine herede) vel induci debeat ex rescripto D. Pij ad hāc speciem quasi similem protrahēdo, quandoquidem ex eo rescripto permittenda esset distractio bonorum non fideicommissarij, sed defuncti *dict. l. 1. §. sed si quis suspectam D. de separat.* quod longè totóque cœlo diuersum est. Et sanè si quis vsquam casus esset ad quem tanquam similem rescriptum illud porrigi deberet, vel maximè hic vnus esset, vt iam dubitari non oporteat quin tota illa disputatio *dict. §. sed verum,* & interiecta tractatio de rescripto Diui Pij, tribuenda sit Triboniano, qui non magis rescripti vim & necessitatem quàm iuris rationem ipsam

perceperit. Quod ex superioribus in quibus coacti fuimus esse longiores, tam apertè constare arbitror, vt nihil dici possit apertiùs, siue verborũ sententiam quis perpendat, siue verba ipsa prorsus inconcinna & impropria. Primùm in vers. *ego puto absenti quoque fideicommissario cogi posse heredem adire & restituere.* Quis enim sic loquitur *absenti adire?* Sed cùm de restituenda tantùm hereditate proposita esset quæstio, Tribonianus verò omnino ineptè de aditione tractandum haberet, vt ad quæstionem accommodaret rescriptum Diui Pij, coniunxit verba illa *adire & restituere*, nec animaduertit, verbo *adire* alium casum ex grammaticæ regulis accommodari debuisse, alium verbo *restituere*. Secundò in vers. *est enim huius rei exemplum capere* in quo iam græcismum obseruauimus. Tertiò in vers. *nec oporteat damno adfici heredem qui rogatus adyt hereditatem*, vbi pro *rogatus*, scribi proculdubio debuit *coactus*. Quartò in illis verbis *vt si quid horum euenerit*: voluit enim Tribon. scribere *si quid tale*, quæ tamen alia, longéque diuersi sensus locutio est. Postremò in vltimo illo vers. *sicubi venerit restituatur fideicommissaria hereditas ei qui compulit adire & restituere sibi hereditatem*, de quorum verborum ineptitudine & contradictione diximus etiam quid nobis videatur. Fient autem superiora omnia probabiliora ex iis quæ in sequentibus dicturi sumus.

Ad l. sed cùm ab herede 9. D. eod. tit.

CAP. IX.

PERTINET hæc etiam lex tota ad rescriptum Titi Antonini Pij, de quo proximè scripsimus tam multa, mirúmque est non fuisse id animaduersum ab Accursio aliisque interpretibus, qui vulgò sic sentiunt, vt ab illis verbis *nec pupillum extra ordinem iuuandum*, putent mutari casum, in quo inuestigando mirum in modum se exercent, nec quicquam proficiunt. Accursius adfert tres casus quos ex ordine singulos referemus & refellemus faciliùs si priùs exposuerimus quid nobis Papinianus sensisse videatur. Retulerat Tribonianus sub Vlpiani nomine in *§. vlt. leg. præced.* rescriptum illud Diui Pii quo contra iuris ordinarii rationem inductum erat fauore duplicis libertatis tuendæ, itémque pupillaris ætatis commiseratione, vt postulante pupilla fideicommissaria, cui libertas à matre legataria, & hereditas per fideicommissum ab herede relicta erat, posset heres cogi ad adeundum, nil obstante eo quod euenire poterat vt post aditionem & ante restitutam hereditatem fideicommissaria moreretur, excogitato nimirum in eam rem nouo remedio, vt si tale quid accideret, permittenda esset creditoribus hereditariis distractio bonorum defunctæ testatricis, acsi nemo ei heres extitisset. Subiicitur in l. seq. ex Papiniano rescriptum fuisse ab eodem Diuo Pio non esse locum suæ constitutioni, ne quidem in specie supra scripta, si ponas heredem à quo fideicõmissaria hereditas relicta sit sub condicione, *si pupilla fideicommissaria nubilem ætatem compleuisset*, non solùm & ex asse institutũ fuisse, sed pro parte dũtaxat, putà ex semisse, addito ei in aliũ semissẽ coherede. Ratione illa quod ferendum non sit vt pupillus extra ordinem iuuetur & contra iuris communis rationem, quoties nouum beneficium cum alterius iniuria per eum postulatur. Id verò contingeret, si here-

si heredem pro parte institutum à quo fideicommissariam hereditatẽ consequi vellet, cogere posset ad adeundum. Ita enim fieret vt coactus heres qui ex eo tẽpore nullũ ex hereditate lucrum & commodum sperare deberet, cogendus etiam esset ad repræsentandum, præstandúmque purè fideicommissum quod relictum fuisset sub condicione, quando quidem in ſtra expectaretur euentus condicionis, quam etsi deficere contingeret non eo magis aut hereditas penes heredem remanere posset aut ex postfacto reuocari translatio actionum, quæ per fideicommissi restitutionem licet repræsentatam facta fuisset. Atqui coheres ex alio semisse institutus quem ponimus sponte adiisse hereditatem pro sua portione, duplici damno ea ratione afficeretur: In eo primùm quod adcrescẽdi ius amitteret, ex quo tamen repudiantis coheredis portionem consequi deberet *l. vnic. C. quand. non petents part.* Aditione quippe hereditatis ius illud adcrescendi intercidit *l. vnic. §. his ita diffinitis. C. de caduc. toll.* Deinde in eo, quod portionem illam coheredis sibi adcrescentem liberam haberet ab onere fideicommissi, quod vtique intercideret tanquam defecta condicione, si fideicommissariam decedere contingeret antequam nubilem ætatem compleuisset. Proinde & è contrario fatendum est futurum vt si ad hanc quoque speciem rescriptum Diui Pij traheretur, pupilla duplex lucrum & commodum ex nouo & planè extraordinario beneficio sentiret cum iniuria coheredis. Primùm in eo quòd fideicommissi sui causam saluam faceret, ac in tuto collocaret, coacto adire herede atque ita extincto iure adcrescendi, per quod debuerat illa portio ad coheredem peruenire. Rursum in eo quod non modò antè impletam fideicommissi condicionem fideicommissum consequeretur, sed ea quoque deficiente, quod esset intolerabilius hereditatem nihilominùs retineret, in quo certè non tantùm coheredi fieret iniuria, sed etiam voluntati testatricis quæ illa proculdubio fuit vt nisi expleta primis condicione fideicommissum non deberetur. *l. facta 63. §. si sub cõdicione in fin. D. eod. l. Publius 36. §. Titia codicillis De cond. & demonst.* Nec contrarium est quod vnico duntaxat herede scripto aliud obseruatur, & omnimodo fideicommissum repræsentatur, siue cõdicionem posteà existere, siue deficere contingat. Non enim videri potest eo casu quicquam fieri contra testãtis voluntatem, cum nec aliter conseruari ea possit quàm compulso herede ad adeundum vt tota defuncti voluntas rata constituatur, *l. si patroni 55. §. qui fideicommissaria. D. ad SC. Trebell.* nec æquum sit aut voluntati ipsi testantis consentaneum, vt qui destituit supremas defuncti preces, totùmque testamentum quantum in se fuit, euertere cogitauit, quicquam ex voluntate consequatur, vt ibidem Papinianus tractat. At cùm plures heredes instituti sunt quorum alter vel iam sponte adierit, vel in eo sit vt adire velit, non est verendum ne testamentum destituatur, quod vtique vel ex minimæ portionis aditione totum confirmatur, *l. apud Iulianum 11. §. idem Iulianus l. ita tamen 27. §. qui suspectam in fin. & §. à patre eod. l. 3. §. vt patronus. D. de bon. libert. l. quæsitum 40. D. de acquir. hered.* ideóque nulla ratio est propter quam fideicommissario quisquis ille sit, indulgere debeamus, vt ad fideicommissi petitionem antequàm impleta cõdicio sit admittatur. Præsertim postquàm placuit Iustiniano vt deficiens portio coheredis à quo fideicommissum fuerat etiam nominatim relictum adcrescat coheredi cum onere fideicommissi *l. vnic. §. pro secundo & §. sin autem aliquid sub condicione. C. de caduc. tollend.* Nam cùm iure vete-

re aliud obtineret siue viuo testatore siue post ipsius mortẽ deficeret portio adcrescens, vt ex eo appareat quod Iustin. in *d. §. pro secundo*, ait ita se cõstituere corrigẽdo ius vetus (de quo tamen alio huius libri capite latiùs tractãdum nobis erit) durius sanè videri poterat deficere fideicommissum, cuius tamen cõdicio extitisset. Deficiebat enim hoc ipso quòd portio eius qui nominatim grauatus esset adcrescebat coheredi non grauato, cui quippe satis erat dicere grauatum se non esse. *l. si eius qui* 34. *l. Lucius* 78. *§. tres heredes in fi. D. ad SC. Trebell. l. si alienus* 62. iunct. *l. pater meus* 29. *§. penul. & vltim. de leg.* 2. & idcirco tanto æquius erat subueniri pupillæ fideicommissariæ si citra coheredis iniuriam id fieri potuisset. At hodie tametsi non permittatur pupillæ vt eum ex coheredibus, qui rogatus est de portione sua restituenda cogere possit ad aditionem, minus tamẽ damni patietur, quæ scilicet actionem de fideicommisso habitura est etiam aduersus coheredem non rogatũ cui rogati portio adcreuerit. Et hæc sunt quæ ad Papinianum adnotasse satis esset, nisi expositiones Accursij essent etiam refellendę. Adfert ille vt initio præfatus sum tres casus ad quos hæc Papiniani lex accõmodari possit, Omnes ineptos prorsus & improbabiles. Primus est, si pupillus fuerit solus purè institutus & sub condicione rogatus. Nam si fideicommissarius petat vt cogatur pupillus adire & restituere ante impletam condicionem, pupillus autem velit extra ordinem iuuari scilicet per in integrũ restitutionem, vt non cogatur, ne postquàm adierit maneat implicitus oneribus hereditariis fideicommissario quandocumque postea ante condicionem impletam decedente. Non est audiendus, inquit Accurs. cùm abundè illi consultum sit constitutione illa Diui Pij de qua in *§. vlt. legis præcedentis.* Quæ interpretatio neque verbis legis conuenit, neque iuris rationi. Non verbis quia Papinianus de illo herede disertè loquitur, qui nõ nisi pro parte scriptus sit. Accursius autem è contrario ponit solum pupillum ex asse institutum. Item quia negat Papinianus pupillum extra ordinem iuuandum esse. Accursius vero negat iuuandum per restitutionem in integrum, quasi verò non sit iuris ordinarij vt pupillus per restitutionem iuuandus sit quoties læsus est, nec ei iure communi prospectũ esse potest. Scio restitutionis auxilium dici extraordinarium in *l. in causæ* 16. *D. de minor.* sed ad differentiam illius quod communi & mero iure competit vt ea lex ait, non etiam vt nouum & insolitum videri debeat, quale proculdubio illud est de quo Papinian. sensit cùm scripsit *pupillum non esse extra ordinem iuuandum*, vt ostendunt sequentia illa *si nouum beneficium.* Et verò prorsus nouum beneficium est planéque ante Diui Pij constitutionem inauditum & extraordinarium, quod ille induxit, vt post aditam quoque hereditatem bona defuncti vendantur, acsi adita hereditas non fuisset. Quod tamen beneficium solius fideicommissarij fauorem respicit, non etiam heredis rogati vt malè Accurs. existimat. Etsi enim heredi adire coacto consulere Diuus Pius voluit & debuit, ne actionibus hæreret si ante factam hereditatis restitutionem fideicõmissarius decederet. Id tamen non fecit nisi per consequentias vt fauore fideicommissarij posset heres cogi ad adeundum, neque iustam illam rationem haberet excludendæ coactionis quod fieri posset vt adita hereditate in alterius cõmodum ipse oneribus & negotiis hereditariis inuitus mergeretur. Quid enim egebat rescripti beneficio heres, qui suspectam diceret heredi-

tatem?

tatem? Aut quid aliud fieri poterat per creditores hereditarios, non adeunte herede, nisi vt bona defunctæ venderentur? Quid denique obstare, quominùs ea venditio fieri posset iure communi, & citra rescripti vllius autoritatem. Fuit ergo nouum beneficium necessarium, non heredi sed fideicōmissario, vt fauor qui fideicommissario fieret ad heredis iniuriam non porrigeretur. Nunquam enim iustus Imp. fideicommissarii gratia induxisset vt contra iuris rationem cogi posset ad adeundum heres, a quo hereditas duntaxat non etiam libertas seruo quantumuis pupillo relicta esset, nisi proposito quoque remedio per quod heredis indemnitati abunde prospectum videretur. Adeò cauere bonus Princeps semper debet, ne quæ vni beneficia & priuilegia concedit, alii cuiquam sint captiosa, vel ad iniuriæ occasionem trahi possint. *l.2.§.meritò,& §.si quis à Principe D.ne quid in loc.public. l. Paulus notat* 8. *D.de præt.stipulat. l.nam quod* 14. §.1. *D.ad SC Trebel.* vbi scriptum est, si herede repudiante hereditatem quam pupillo restituere rogatus erat bona defuncti venierint, prætorem nec pupillum quidem in integrū restituere debere nisi ex causa, idque etiam à Diuo Pio rescriptum fuisse, nempe quod id fieri non posset citra iniuriam eorum qui res hereditarias publicè ac sub hasta comparassent. Quo tamen loco vide, vt hoc obiter moneam, ne inepto interpreti potiùs quàm Iurec. tribuendum sit quod in prima §. parte additum est, *si iustæ causæ allegentur.* Nam is qui repudiauit hereditatem, perinde cogendus est adire postulante fideicommissario, ac si suspectam tantùm dixisset, nec aliam causam à fideicommissario allegari necesse est quàm quòd suo periculo hereditatem adiri velit, vt & Accurs. ad eum locum benè vidit Ineptum interpretem fefellit quod vulgò iactari solet, non posse heredem adire hereditatem quam repudiauerit, *l.sicut C.de repud.hered.* Sed id non pertinet ad hunc casum quo adire cogatur alieno, & lucro & periculo, sicut nec quod æquè vulgare & verum est, non esse quemquam cogendum vt adeat hereditatem sibi delatam, siue lucrosam, siue damnosam *l.4.D.ad SC.Trebell. l.nec emere* 16. *C.de iur.delib.* Sed hoc obiter, vt præmonui & ferè extra rem dictum sit. At si hæc prima interpretatio Accursij verbis Papiniani non conuenit, multò minùs iuris rationi. Nec enim vlla in integrum restitutione indiget heres siue pupillus, siue alius, vt non cogatur adire propter eum cui libertas à legatario, sola verò hereditas ab ipso herede relicta sit, quia cum fideicommissarii status hoc casu pendeat ex legato, nec priùs possit ei hereditas restitui, quàm factus sit liber, non patitur iuris ratio vt heres adstringat se actionibus hereditariis propter legatum, quemadmodum in superioribus disputauimus ex Papiniano in *leg.non est cogendus* 53. *iunct. §. vltim. leg.præcedent.ad SC. Trebellian.* Et verò quandiu heres non adiit, quid obsecro esse potest contra quod possit petere in integrum restitutionem? Vtique enim obligationem aliquam subesse necesse est contra quam restitutio postuletur, *l. creditorem* 18. *D.de senatusconsulto Macedoniano, leg. qui contra* 11. *D. de fideiussor.* Nemo autem dixerit obligatum esse heredem vt adeat, cùm pro se habeat regulam iuris quæ negat cogendum quemquam adire damnosam hereditatem, *l.nec emere* 16. *C.de iur.deli.* aut suspectam *l.quia poterat* 4. *D.ad SC.Treb.* ne quidē ex Pegasiano, si quid sit quod impediat ne transire possint actiones omnes

in cogentem, *d.l.non est cogendus, l.nam quod 14.§. non omnis.l.cogi 16.d.l. non est cogendus.53.& pass.eod.tit.* Quod si in herede quolibet hæc verè disputantur, quanto magis in pupillo hactenus saltem vt non sit deterioris condicionis quàm cæteri quibus hac in re ius commune patrocinatur? Quare nec in pupillo tractari hoc casu potest, quod ait Papin. non esse iuuandum pupillum extra ordinem si nouum beneficium postulet cum alterius iniuria, quia non postulat nouum beneficium pupillus, qui iure cõmuni patrocinante negat cogendum se adire. Nec cum alterius iniuria, tametsi ex eo futurum sit vt fideicõmissum intercidat, quia non videtur fraudẽ vel iniuriã comminisci qui fraudem & iniuriam excludit, *l.cùm pater. 77.§. Titio fratri antep. De legat. 2.* nec cuiquam interdictum est vt omittat hereditatem sibi delatam si sine fraude id faciat, *l. quia autem 6. §. si patronus in fin. D. si quis omiss.caus.testam. l. si postulante 67.§. 1. D. ad SC. Trebell. l.quod autem 6.§.1. & §.si seruum D. quæ in fraud.credit.* Denique constat pupillum vt & alium minorem quemlibet, non aliter in integrum restitui posse beneficio ætatis quàm si læsus probetur, *l.nam posteaquam 9. §. si minor. D. de iureiur. l. verum 11. §.sciendum. l.quod si minor.24. §. non semper D.de minor.* Quænam autem læsio incidere potest in adeunda hereditate priusquàm sit adita? Non ignoro minori qui damnosam hereditatẽ adiit succurri solere vt possit abstinere, quia hic deceptus est, inquit Vlpian.in *l. aut prætor. 7.§. sed etsi hereditatem.* Sed antequàm adeat, nego posse illum tametsi velit restitui cùm non sit læsus, adeo vt neque testificatio vlla ei necessaria sit etiamsi agatur de paterna hereditate, in qua est ille suus heres ipso iure, *l.1.& 2.C.si vt min. ab hered. se abstin.* Nimirum quia citra restitutionem habet minor quilibet beneficium abstentionis ex edicto prætoris quandiu se non immiscuit *l.necessariis.57.De acquir.hered.* Sed etsi eum casum tractaremus in quo potuisset olim necessaria esse pupillo in integrum restitutio ante rescriptum Diui Pij, tamen quid attineret post rescriptum illud quo heredibus omnibus in eiusmodi specie adire coactis succursum esset disputare de restitutione in integrum, quæ heredi maiori annis vigintiquinque nec necessaria foret, nec vllo ętatis priuilegio concedẽda? Secũdus casus quem Accursius comminiscitur accommodatior videtur, vt si vnus ex heredibus purè institutus rogatus fuerit de restituenda hereditate pupillo sub condicione, & is sponte adierit non sit locus rescripto Diui Pij, ex qua parte iubet statim restitui hereditatem non expectato euentu condicionis, neque in eam rem iuuari pupillus debeat beneficio restitutionis in integrum, quando id fieri non posset, citra iniuriam rogati, quem cùm sponte adierit hereditatem, æquum non est teneri ad præstandum fideicommissum, cuius condicio vel nondũ impleta sit vel iam defecerit. Sed tamen innumera sunt quæ nec hanc interpretationem patiuntur. Nam si ponimus heredem sponte adiisse, quid interest an solus an ex semisse fuerit institutus? Aut quænam dubitandi ratio esse potuit propter quam vel hoc vel illo casu videretur fauendum pupillo hactenus, vt ei purè restitueretur hereditas quæ non nisi sub condicione relicta esset? Siquidem totum illud ius quod etiam ante rescriptum Diui Pij obtinuisse suprà diximus, vt heres qui compulsus adiit etsi sub cõdicione fuerat rogatus, cogatur statim restituere, non alia causa proficiscitur, quàm quia non aliter satisfieri possit Senatusconsulto Pegasiano, quod non patitur vt penes eum qui adire coactus est, aut lucrũ aut damnum vllum

vllum remaneat ex hereditate:Deinde quonam,obsecro,colore posset hoc casu pupillus implorare in integrum restitutionem?cũ nihil ipse fecerit,nec in vlla re læsus sit?Aut contra quem,vel contra quid?Siquidẽ nec aliud quic quam ab herede grauato factum ponimus, nisi quod sponte adüt hereditatem.Omnis autem restitutio,siue ex capite minoris ætatis, siue ex alia qualibet edicti parte competat, non ad aliud dari non potest, quàm vt vel fiat quod factum non est,vel quod factum fuit,rescindatur. An ergo in hoc læsus intelligetur, quòd heres sponte adierit hereditatem, quam si coactus adiisset, fideicommissum vtique pupillo repræsentare non expectato condicionis euentu debuisset.At quis vnquam audiit cogendum quem fideicommissarij gratia, & vt plenior sit fideicommissi restitutio adire coactum, tametsi sponte adire malit? An verò facit dolo, pupillúmve lædit heres qui sponte adit hereditatem,in eóque & suo & communi ac perpetuo iure vtitur?*l.si duorum* 42.*D.de act.e* *npt*.Et è contrario an læditur pupillus qui simi liter iure communi vtitur,& hereditatem fideicommissariam sibi sub condicione debitam non recipit ante impletam condicionem?*l.vlt.C.de integr. restit.minor.d.l.facta* 63.§.*si sub condicione. D.ad SC. Trebell. l. inter eos* 51.§. *cùm inter. D.de fideiuss.l.nihil consensui* 116.§.*non capitur de regul.iur.* Denique cùm restitutio in integrum quælibet, vel erroris proprij veniæ petitionem,vel aduersarij circumuentionis allegationem contineat, vt Hermogenianus loquitur in *l.præfecti* 17.*D.de minor.*quid est quod vel de se,vel de herede conqueri possit pupillus fideicommissarius,cùm heres sponte adüt hereditatem,eámque non priùs ex fideicommisso restituere vult,quàm impleta sit condicio sub qua fuit rogatus?Tertium casum fingit Accursius,de pupillo qui fuerit institutus purè, & rogatus sub condicione, quem negat audiendum esse iuuandúmque rescripto Diui Pij,si post aditam sponte hereditatem, & defuncto ante condicionis euentum fideicommissario nolit ille teneri creditoribus hereditariis. Neque enim sine iniuria creditorum id ei posset indulgeri.Subinde tamen fatetur Accursius,quod & verum est,Posse hoc casu pupillum iuuari per in integrum restitutionem,si damnosam adierit hereditatem ex *tit.C.si vt ab hered.se abstineas.* Sed expositio hæc omniũ ineptissima est & à Papiniani sensu alienissima.Quid enim hoc casu referret,an ex asse,an ex parte duntaxat fuisset pupillus institutus?Aut quid attinet tractare de rescripto Diui Pij,si pupillus sponte adierit. Cùm rescriptum illud non aliud induxerit,nisi vt in sua specie cogi heres posset ad adeundum,qui alioquin cogi non poterat. Item vt adire coactus indemnis omnimodo seruaretur, etiamsi fideicõmissarius ante decederet, quàm ei restitui hereditas posset.Denique si verum est quod Accursius in aliis expositionibus scripsit, iuuari tunc pupillum extra ordinem cùm in integrum restituitur.An potest Papiniano conuenire interpretatio quæ det in integrum restitutionem pupillo,quem Papin.tam apertis verbis negat extra ordinem iuuandum esse? Aut quid effectu ipso interest, an pupillus per in integrum restitutionem,an per Diui Pij constitutionem adiuuetur?Error Accursij & cæterorum interpretum,in eo fuit, quòd existimarant mutari casum, vt loquuntur,in illis verbis,*neque pupillum extra ordinem iuuandum*,quasi in præcedentibus nihildum tractatum esset de pupillo:non animaduertentes,imò verò constitutionem illam Diui Pij,de qua in §.*vlt.l.praced.* pertinere ad eã speciem in qua hereditas per fideicommissum pupillæ relicta esset. Quod

facilè obseruare poterant, non ex eo solùm quod inter cętera quæ rescripto continentur, illud vnum est, de tutore dando fideicommissariæ quo autore posset ei restitui hereditas. Sed ex illo etiam quod fideicommissum sub ea condicione relictum proponebatur, *cùm ipsa nubilem ætatem compleuisset*. Fatēdúmque certè est ius illud tam nouum, & vt ita dicam, exorbitās quod eo rescripto inductum fuit, nisi potissimùm fauore pupillaris ætatis, vt in superioribus à nobis dictum est, & hic Papiniani locus mirificè confirmat. Itaque non alius quærēdus erat casus de quo Papin. intelligi deberet, quàm is ipse de quo rescriptum loquebatur, cuius potestatem cessare æquum fuit, eo casu quo fauor pupilli vergeret in dispendium alterius, non fideicommissarij vel heredis, vel creditorum, vt in tribus illis casibus Accursij, sed coheredis cùm fideicommissum ab eo relictum fuit, qui non nisi ex parte institutus erat, vt explicauimus. Ex quo apparet manifestiùs, quàm verum sit quod toties diximus, rescriptum hoc Diui Pij, sicut specialissimam habet rationem, ita suis finibus coercendum, nec ad aliam vllam speciem protrahendum. Æquè verò ridiculus est Accurs. cùm tantoperè laborat, an sequēs *l. ille à quo*, coniungenda sit cum hac *l. an eum. §. vlt. l. apud Iulianum.* quorū neutrum sanè dici potest. Habet enim separatam sententiam, & cum iis potius coniungendam, quæ idem Vlp. eod. lib. 4. fideicommissorum tractauit in *l. 4. 6. & 9. eo. tit.* secundùm ea quæ hac de re scripsimus in pręcedentibus.

Emendatio & explicatio §. si ego heres. l. cogi 16. D. eod. tit. ad SC. Trebell.

CAPVT X.

EST etiam locus hic perobscurus, & dignus cuius nouam & emēdationem & interpretationem hoc loco subiiciamus, quia pendet ex superioribus. Vlpiani verba hæc sunt, *si ego heres institutus, & rogatus sim Stichum manumittere, vel alius legatarius, fidei autē meæ commissum sit, vt Titio hereditatem restituam, deinde Titij fidei commisit vt Sticho eandem redderet Stichus, cogere me possit adire & restituere hereditatē.* Hic illud primùm explicari non potest quod ait lex, *vel alius legatarius.* Nā si sic intelligas, quomodo Accursius intelligit, & verba ipsa ferunt, vt Stichus hic legatus sit alicui, à quo fideicommissaria libertas eidem Sticho relicta sit, apertè falsum est, quod Vlpiano placet, posse me Sticho postulante cogi ad adeundam, & restituendam hereditatem. Repugnat enim Papinianus in *l. non est cogendus 53. eod. tit. ad SC. Trebell.* vbi generaliter scribit, non esse cogendum heredem, vt adeat postulante seruo cui libertas à legatario, hereditas autem fideicommissaria ab herede sola relicta sit. Repugnat etiam ratio iuris, qua ibidem Papinianus mouetur, quòd hoc casu status hominis ex legato pendeat, nemo autem cogendus sit se adstringere actionibus hereditariis propter legatum, metu scilicet periculi quod subest ne moram faciente legatario in præstanda libertate, & inter moras defuncto fideicommissario priusquàm potuerit hereditas ei restitui, necesse sit heredem periclitari, mergíque oneribus hereditatis quam adiisse reperiatur. Excepto vno illo casu singulari de quo proximè tam multa scripsimus ex Diui Pij constitutione relata in *§. vlt. l. apud Iulianum* 11. *eod. tit.* Accursius noster,

cuius

cuius præcipuè condicionem deploro, quoties virum bonum in istos Triboniani laqueos incidere video, vt hinc se expediat, ponit eam ab Vlpiano speciem tractari, in qua solus ego sim heres institutus. Apud Papinianum verò eam in qua habuerim coheredem, qui & sponte adierit, & nullo fideicommisso fuerit oneratus. Hanc diuersitatis rationem adferens, quòd priore casu futurum sit, vt & libertatis legatum, & hereditatis fideicommissum intercidat, si non cogat adire, cùm alius nullus sit, per cuius aditionem testamentum confirmari possit, nec consequenter legata & fideicommissa testamento contenta. Posteriore verò casu contrà euenit, vt adeunte meo coherede legatum confirmetur, & per consequentias fideicommissum libertatis à legatario præstandæ, vt proinde nil sit necesse cogi me adire, vt hereditas quoque Sticho præstari ex fideicommisso possit. Hunc enim Accursij sensum fuisse puto, Etsi non benè percipio quid ille sibi velit, cùm tractans de posteriore casu scribit in hæc verba, *& sic intelliguntur supr. eod. l. apud §. Antistia*. Quasi verò in specie rescripti Diui Pij de quo in *d. §. Antistia*, ponendum sit duos fuisse institutos heredes. Cùm tamen è contrario idē Imp. rescripsetit non esse constitutioni suæ locum, si duo heredes instituti proponantur, vt Papinianus monet in *l. sed cùm ab herede 12. eod.* & nos docuimus cap. præced. Nisi malimus pro tuendo Acccursio ea verba referre ad priorem casum, hoc sensu vt tam in *d. §. Antistia*, quàm in hoc *§. si ego*, Vlpianus eum casum tractet, quo solus ego fuerim heres institutus. Sed tamen non ideò assequi possimus, vt rectè ille, aut hunc aut illum locum interpretatus esse videatur. Tantùm enim abest, vt si solus heres scriptus fuerim, possit me Stichus cogere ad adeundum, vt contrà vel hoc maximè casu procedat quod Papin. scribit in *d. l. non est cogendus*, me non esse cogendum, licèt me non adeunte futurum sit vt & legatum libertatis & fideicommissum hereditatis corruat. Nam cùm habeo coheredem à quo libertas relicta sit, quíque sponte adierit, dubitandum non est, quin Stichus libertatem ab eo nactus possit me cogere, vt adeam & restituam hereditatem, quippe cuius ipse iam sit capax, & quam tamen non aliter ex fideicommisso habere queat, quàm si hereditatem adeam, ego quoque pro mea parte. Siquidem me repudiante, aut quod idem est, suspectam dicente, futurum esset, vt quamuis portio mea coheredi meo adcresceret, nihilominùs tamē fideicommissum hereditatis intercideret, vtpote quod à me solo relictum esset, non etiam à coherede, qui non fuisset rogatus, saltem inspecto iure vetere quod ante Diui Seueri rescriptum obtinebat, cuius fit mentio in *§. Iulianus. l. si Titio & Maeuio 61. de legat. 2.* & in *l. licèt Imperator 74. de legat. 1. l. non iustam 4. C. ad SC. Trebell.* ne dicam, antè Iustiniani constitutionem in *l. vnic. C. de caduc. tollend.* De quo dicemus infrà cap. Idque non tam inductum quàm significatum est rescripto illo Diui Pij quod refertur in *§. sequenti* huius legis, & de quo etiam mox tractabimus. Ergo cùm in *§. si ego*, quem nunc habemus in manibus, placeat Vlpiano posse me cogi postulante Sticho vt adeam, eíque restituam hereditatem, licèt ab alio non à me libertatem acceperit, necessariò ponendum est, fuisse mihi datum coheredem, qui sponte adierit pro sua portione, adeóque qui libertatē subinde præstiterit, siue sua etiam sponte, siue officio iudicis, siue interposito decreto, quod in eā rem contra latitantem heredem interponi posse ait, *l. si seruus fuisti 11. C. de fideic. libert.* Alioqui tametsi plures heredes instituti propo-

nerentur, si tamen neuter adire vellet, nullæ partes prætoris essent in alterutro cogendo, quia neque propter legatum etiam libertatis adire quisquã compellitur, neque propter hereditatem ei restituendam qui nondum sit liber. Esset que expectandum, vt idem esse inciperet debitor & libertatis & hereditatis, vt subtiliter Papin. disputat in *l. si res* 52. *§.* 1. *ad S. C. Treb.* Iunct. *l. si patroni* 55. *§. qui fideicommissum*, vers. *nec ad rem pertinet eod.* Itaque non dubito quin apud Vlpianum in illis verbis, *vel alius legatarius*, delenda sit dictio *legatarius*, tanquam quæ in textum irrepserit ex glossa imperiti alicuius interpretis, qui præcedentem dictionem *alius* referre debuerat ad coheredem non ad legatarium. Etsi nõ ignoro, nec aliter grauari posse coheredem vt manumittat seruum hereditarium, in quo non nisi partem habeat iure hereditario quàm si primùm ei seruus legetur. Vt proinde meum hunc coheredem à quo ponimus relictam esse libertatem, eundem quoque legatarium esse necesse sit, vt & in ea specie quæ statim sequitur. Nam seruo legato vni ex heredibus, data erat ab eo libertas per fideicommissum, & ab altero hereditas, vt lex ait. Sed non ideò fit, vt alium illum Vlpianus dicere debuerit, legatarium antè quàm coheredem, quia nec quicquam vetat legari seruum alteri quàm vni ex heredibus, cúmque legatarium, quamuis extraneus sit rogari vt seruum manumittat, quemadmodum & in specie, *d. l. non est cogendus.* Indéque Accursio errandi occasio nata est & scribendi, quod iam diximus, eam ab Vlpiano speciem tractari, in qua solus ego sim heres institutus. Cùm tamen sublata dictione illa, *legatarius*, dubitare non debuisset, quin alius ille coheres potiùs quàm nudus legatarius intelligendus esset. Hoc verò expurgato mendo, adhuc superest quod sententiam §. aut difficilem aut suspectam facere possit, etiamsi ponas quod & in dubio pręsumendum est, coheredem illum meum sponte adiisse hereditatem pro sua parte. Illa námque dubitandi ratio occurrebat, ne videretur permittendum Sticho vt me cogeret adire & restituere, quod non eram rogatus ego vt ipsi hereditatem restituerem, sed vt Titio, quamuis Titij quoque fideicommissum esset vt eandem Sticho redderet. Sed non videtur ea ratio obstare ne quominùs possit me Stichus cogere recta via, vt circuitus vitetur, & celeritate coniungendarum actionum, quod sæpe fit, actio vna occultetur, vt idẽ Vlp. loquitur in *l.* 3. *§. pen. de donat. int. vir. & vxor.* In eámque rem adfert Accursius, quod Papinianus scribit in *d. l. si patroni* 55. *§. qui fideicommissam*, vers. *quòd si prior ad S. C. Trebell.* Secundum quoque fideicommissarium recta via posse postulare vt heres adeat, sibíque restituat hereditatem. Verùm obseruandum est Papinianum ita respondisse casu illo, quo prior fideicommissarius recusauerit hereditatem suscipere ex fideicommisso. Sic enim scribit, *quòd si prior recusauerit*, ita innuens, priore fideicommissario non recusante, non esse permittendum secundo vt recta via cogat heredem. Cur non enim cũ ordinẽ seruari oporteat quem testator præscripsit, cùm seruari cõmodè potest? Aut cur tam facilè inducamus, vt cogatur heres adire, postulante eo cui nihil ipse debeat, aut hereditatem ei restituere cui non fuerit rogatus? *arg. l. si alienus* 62. *de legat.* 2. *l. quidam cum filium familias* 46. *D. de hered. inst.* Quò etiam pertinere videtur quod in eod. *§.* idem Papinianus paulò antè scripserat, si apud priorem fideicommissarium nulla hereditatis portio remansura sit, putà, si vel confestim, vel post tempus cum fructibus reddere iussus sit, non esse cogendum heredem institutum adire solo priore fidei-commissario

commissario postulante, sed vtriusque fideicommissarij voluntatem in herede cogendo necessariam esse. Multò igitur magis erit necessaria prioris voluntas, si posterior solus heredem recta via cogere velit ad adeundum, quandiu saltem prior fideicommissarius non recusauit. Ideóque putem postulante secundo cogi debere priorem, non vt fideicommissum petat, sed vt interrogatus respondeat apud prætorem, aut iudicem, qui de fideicommisso cognoscere potest an fideicommissum suscipere velit, an recusare. Quod cùm ita sit, non facilè meo iudicio defendi ex iuris ratione potest, quod in hoc §. scriptum est, permittẽdum Sticho, vt quamuis non à me, sed à Titio fideicommissum hereditatis ei relictum sit, me tamen recta via cogere possit ad aditionem & restitutionem, nisi ponas, quod ex verbis §. colligi nullomodo potest, fideicommissum à Titio recusatum fuisse. At neque facilè persuaderi possum, vt existimem sic Vlpianum scripsisse, *Stichus cogere me possit adire & restituere*. Scripsisset enim potiùs, *posset*, aut *poterit*, non *possit*, quòd cùm sit verbum subiunctiui temporis, nihil tamen hîc habet aut expressum aut subintellectum cui subiunctum videatur. Quare, vt quod sentio, tandem aperiam, probabiliùs arbitror, interrogantis & quærentis esse verba illa, non respondentis: ob idque interrogationis notam quæ deest restitui debere, vt sic legamus, *an Stichus cogere me possit adire & restituere?* At, inquies, ita fiet, vt ad propositam interrogationem nulla sequatur responsio. Hæc me ratio nimirum cogit, vt quæ sequuntur, quasi distinctum & vltimum huius legis §. efficiant, ad hunc §. existimem pertinere: ac quod magis est, à Triboniano nostro subiecta fuisse non ab Vlpiano, vt more suo abuteretur alio rescripto Diui Pij ad propositam quæstionem decidendam, tanquam quæ sit de casu simili quantumlibet dissimilis reuera sit, vt probauimus in præcedentibus ab eo factum esse in specie, *l. apud Iulianum 11 §. vtrum autem & l. mulier quæ duobus 22. in princip. eod. tit. l. sed etsi 25. §. quod autem. D. de petit. hered.* aliisque innumeris iuris locis. Eodem enim prorsus modo videtur mihi ad propositam quæstionem respondisse his verbis, *Talis quoque casus à Diuo Pio terminatus est.* Id est, non hic ipse casus de quo nunc proposuimus quæstionem, sed alius non dissimilis, ex quo sumi possit argumentum, quid in proposito dicendum esse videatur. Et sanè vix est vt eo verbo *terminatus est*, parum meo iudicio, eleganti vsurus fuerit Vlpianus pro eo quod Tribonianus dicere voluit *decisus & definitus*. Sed videamus quisnam & qualis casus ille sit, vt sciamus an sit talis. Verba legis aut potiùs Triboniani hæc sunt, *Nam seruo vni ex heredibus legato, per fideicommissum erat ab eo libertas data & ab altero hereditas.* Duo igitur erant scripti heredes, quod notari volumus, vt nemo dubitare possit quin verum sit quod diximus, in hac quoque specie quam nos tractamus, ponendum esse datũ mihi coheredem, cui legatus fuerit seruus ab eo ipso manumittendus. Sequitur, *Diuus enim Pius rescripsit Cassio Dextro in hæc verba, Hermias si Moscho Theodoto ex parte herede instituto à Pamphilo testatore legatus est, eúmque Theodotus postquàm adijt hereditatem, priusquàm à coherede eiusdem Pamphili adiretur hereditas ad iustam libertatem perduxit, & ob hoc in eum casum res perducta est, vt is qui legauit, intestatus esse non possit, Hermia postulante id, Euarestatus compellendus est eius periculo adire, & ex causa fideicommissi hereditatem restituere.* In hac verò specie quanquam cætera omnia videntur similia, illud tamen dissimile est, quod Euarestatus rogatus erat vt Hermiæ i-

psi facto libero restitueret hereditatem, non interposita alterius vllius persona per quam deberet hereditas ab Euarestato ad Hermiam peruenire. Itaque cessat hîc ratio illa propter quam nos in casu proposito negamus, permittendum esse Sticho, vt me recta via cogat adire & restituere, quia nimirum non fui rogatus vt ei restituerem, sed vt Titio, à quo proinde cogi debeo, siue solo, siue adiuncta Stichi persona, saltem quandiu Titius ipse fideicommissum non recusauit. Et sane si quid Vlpiani est in *d.* §. *si ego*, id est, si non à Triboniano ipsa quoque quæstio proposita est, sed ab Vlpiano, (de quo tamen dubito) mihi probabilissimum fit, Vlpianum in ea fuisse sententia, vt negauerit indulgendum Sticho, vt me compellere possit ad aditionem, non magis quàm si non hereditarius seruus fuisset, sed meus, quamuis extra hunc casum intersit maximè an seruus meus sit, an hereditarius, §. *sed si seruo suo hac ead. leg.* Sed cùm non placeret ea sententia Triboniano, qui alia tam multa contra iuris rationem pro seruis induxit, solo prætextu fauoris, qui libertatibus debetur, sublatum deletúmque ab eo fuisse responsum Vlpiani, & in eius vicem suppositum rescriptum illud Diui Pij, vt ex eo capta occasione magis, quàm iure pro Sticho respondendum videretur, quomodo & in *l. duobus* 38. *D. de liber. caus.* Tribonianus adiecit de suo totum illum vers. Commodius autem est, & contra expressam Vlpiani sententiam iis verbis testatam, *& ego sum*, quę Tribonianus delere debuerat, si cautiùs rem agere didicisset. Et rursum in *l. statuliberum* 9. *in fin. D. de statulib.* cùm Vlpianus apertè scripsisset, libertatis spem in ea specie infringi, Tribonianus de suo etiam subiecit, *sed adita postea hereditate spes libertatis fauore sui redintegrabitur.* Vt autem totum hunc §. Triboniani potiùs esse coniiciã, facit verborum inelegans contextus. Scripsisset enim Vlpianus, *si ego heres institutus sim & rogatus*, aut, *si ego heres institutus rogatus sim*, non quomodo scriptum est, *si ego heres institutus & rogatus sim*. In sequentibus verò, *vel alius legatarius*, si postremam dictionem hanc inuitis nobis retinere velis, (parum námque mea refert an imperito interpreti, an Triboniano tribuatur, dum ne Vlpiano) scribendum erat & apertiùs & elegantiùs, *vel coheres idémque legatarius.* Item quod sequitur, *deinde Titij fideicommisit*, construi non potest, nisi suppleas *testator*, quod tamen satis durum fuerit, cùm præcedentia illa, *fidei autem mea commissum sit vt Titio hereditatem restituam*, impersonaliter prolata sint, vt grammatici loquuntur, non ad personam testatoris relata. Taceo quod iam dixi de subiunctiuo *possit*, duriusculè quoque posito pro *potest* vel *potens*, & quod etiam monui de dictione *terminaus*, parum in hoc sensu prudentibus nostris familiari. Hoc vnum addo, si à casu Vlpiani transeundum erat ad casum rescripti Diui Pij, potuisse ita scribi commodiùs. *Nam cùm seruo vni ex heredibus legato, per fideicommissum esset ab eo libertas data, & ab altero hereditas, Diuus Pius rescripsit, &c.* non repetita dictione illa, *etenim*, quæ nec nisi inconcinnè, ne dicam ineptè separare debuit dictiones illas, *Diuus Pius* à prudentibus nostris semper coniunctas, nec alio vllo, quod meminerim, iuris loco discretas. Facilè autem decipi potuerunt interpretes, vt ab illis verbis, *Talis quoque casus* nouum §. inchoari putauerint, sicut & passim ab iis citari video, §. *Brasid. u*, *l. mulier* 22. *&* §. *Antistia. l. apud Iulianum* 11. *eod. tit.* quasi §§. separatos cùm tamen vnico contextu legendi sint cum præcedentibus. Sed & aliis plerisque locis videas ex vulgari corruptáque lectionę factum esse, vt initium §. sequentis

summa-

ſumatur ex poſtremis verbis §.antecedentis. Vt in *l.Gallus 29.§.etiamſi de liber.& poſthum.§.ſecundum vulgarem. l.filiusfamilias 114. de legat. 1.l.pater 38.§.Tuſculanus de legat.* 3. & aliis pleriſque qui inter legendum paſſim occurrunt iis qui cum vulgari lectione conferunt Florentinam. Ex eo autẽ errore illud etiam factum eſt, vt qui ex interpretibus priores exiſtimarũt nouum eſſe §.in illis verbis, *Talis quoque caſus*, ſuſtulerint notam illam interrogationis & quæſtionis quam nos reponimus in illis verbis, *an Stichus cogere me poßit adire & reſtituere*, ne nihil ad quæſtionẽ reſponſum crederetur atque ita manſit dictio *poßit* pro *poteſt*, aut *poterit*. Suauis verò eſt Tribonianus, cùm ita ſcribit, *Talis quoque caſus à Diuo Pioterminatus eſt*, quaſi in iis quæ proximè præcedebant aliquod reſcriptum aliud Diui Pij relatũ fuiſſet. Quod tamen nullum reperias, in iis ſaltem legibus quæ deſumptæ ſunt ex Vlpiani lib.4.fideicommiſſorum ab eo de quo in *§.vlt. d. l. apud Iulianum.* Adeò meminerat Tribonianus illius reſcripti, quod ſub eiuſdem Vlpiani nomine, ac tanquam ex eius libris deſumptum nobis ſubiecerat.

Duo Tribonianiſmi ad Paulum in l.qui ita 66. §.1.& §.vlt.eod.tit.

CAP. XI.

ATTIGIMVS aliquid de huius loci ſententia in ſuperioribus, cùm tractauimus de fideicommiſſariæ hereditatis reſtitutione abſentis procuratori facienda, ſed nondum planè diximus quid de eo nobis videretur. Etiam abſentis procuratori, inquit Paulus, ſi id deſideret poſſe reſtitui hereditatem ex hoc ſenatuſconſulto Iulianus ſcripſit, Si tamen caueat de rato, ſi nõ euidens abſentis voluntas eſſet. Neq; id dubitationẽ habet, ſiquidẽ nihil prorſus intereſt, an nobis, an alteri ex voluntate noſtra reſtituatur hereditas, ſicut nec an paterfamilias ſit is cui noſtro nomine reſtituitur, an in aliena poteſtate, mulier an maſculus, liber an ſeruus, quia perinde eſt acſi nobis reſtitueretur, ſiue mandatum præcedat, ſiue ratihabitio ſequatur, quæ mandato comparari poſſit, *l.quamuis 40.§.vlt.cum duab.ſeqq.D.hoc tit.ad SC.Trebell.* Sequitur apud Paulum, *ſed dicendum eſt vt heres qui ſuſpectam dicat non ſit compellendus adire ſi incertum ſit an mandauerit, quamuis ei caueatur propter fragilitatem cautionis. Quod ſi ſponte adierit hereditatem, non magna captio eſt, ſed actiones, ſi non mandauit, tranſibunt eo tempore quo ratum habuerit.* Hæc verò omnia dico ego Triboniani eſſe non Pauli: non enim de illo Paulus tractabat, An poſtulante fideicommiſſarij procuratore, cogendus eſſet heres adire, Sed an procuratori hereditas reſtitui poſſet, nimirum quam heres ſponte adiiſſet. Prius enim vt ſit adita neceſſe eſt, quàm vt de ipſius reſtitutione quæri poſſit. Planéque ſimilis hic error eſt ei quem nos capite ſeptimo ſuprà obſeruauimus in *l. apud Iulianum 11. §. vtrum autem eod. tit.* vbi ad propoſitam ſub Vlpiani nomine quæſtionem hanc ipſam, vtrum præſenti tantùm fideicommiſſario reſtitui poſſit hereditas, an & abſenti, procuratore ipſius adeunte prætorem. Similiter reſpondetur, Abſente quoque fideicommiſſario cogi poſſe heredem ſcriptũ adire. Quis verò neſcit multò difficilius eſſe, vt cogi poſſit heres ad aditionem heredi-

tatis quàm ad restitutionem? Non equidem casu illo, quo certa sit & euidẽs voluntas fideicommissarij qui procuratorem specialiter constituerit ad hoc ipsum vt heres adire compellatur (nihil enim prorsus refert an cogat ipse per se an per procuratorem) sed si vel minùs idoneum vel paullo obscurius mandatum proferatur, vt de mandantis voluntate dubitari vel tantillũ possit. Subest enim longè maius periculum in adeunda hereditate, quàm in restituenda, ne scilicet suo periculo eam adeat, qui non nisi alieno adire velit. Nam si post aditionem appareret falsum fuisse procuratorem, aut minùs sufficiens mandatum habuisse, sicuti non posset dici obligatum esse ex eius facto fideicommissarium, vt inuitus hereditatem ex fideicommisso suscipere cogeretur. Ita euenire necesse esset, vt heres per aditionem quamuis coactã factus heres, maneret obstrictus actionibus omnibus hereditariis, non aliter quàm si vltrò & sponte adiisset. Cùm tamen si non nisi de restitutione absenti facta quæreretur, nullum aut perexiguum damnum heres sentiret. Cui non in alio noceret, quòd procurator verus aut satis idoneus non fuisset, nisi quòd ea ratione impedita esset actionum translatio, quæ alioqui per restitutionem accedente senatusconsulti autoritate secuta fuisset. Quid verò incommodi ei est, vt actiones omnes hereditarias penes se retineat, qui heres esse vltrò voluit? Quòd si qua in re commodius ei foret hereditatem restituere quàm retinere, posset eius indemnitati & desiderio satisfieri præstita cautione de rato cuius exigendæ præstandæque verè hic casus est, quoties de mandati iure ac viribus dubitatur, *l. 1. C. de procurat. l. de pupillo 5. §. qui pro curatorio. D. de oper. noui nunciat. l. 3. §. si procurator. D. vt in possess. legat.* Sed quia fragile est remedium cautionis cùm eueniat persæpe vt fideiussores initio locupletissimi, postmodum ad egestatem delabantur, *l. si ab arbitro 10. §. 1. D. qui satisd. cog. l. planè si noua 4. D. vt in possess. legat.* Periculum verò quòd quis subit in adeunda hereditate, in qua fortasse multùm lateat æris alieni, perpetuum est, quia qui semel heres est, perpetuò heres manet, meritò placuit oblatam cautionem de rato, non posse sufficere, vt inuitus heres cogatur adire, nisi per restitutionem exonerari statim possit, nec si præter cautionem de rato indemnitatis quoque satisdatio offeratur, *l. nam quod 14. §. nõ omnis. D. ad SC. Treb. l. cogi 16. §. idẽ quærit eod.* vbi scriptũ est, nõ oportere sub incerto cautionis cõmittere se aditioni hereditatis. Sufficere tamẽ vt postquàm spõte adiit, restituere compellatur. Itaque suprascriptam Triboniani notam reprehendimus non quasi falsam, sed tanquam parum ad Paulum accommodatam, & de iure tam aperto, vt eam addere nil fuerit necesse. Certè Triboniani eam esse verba ipsa demonstrant. Quid enim attinebat ita scribere, *sed dicendum est*, si neque imperfecta, neque reprehendẽda erat Pauli sententia prioribus §. verbis expressa? Quid rursus addere, *vt heres qui suspectam dicat non sit compellendus adire*, si de eo herede qui suspectam diceret, neque Paulus tractauerat, neque vnquam quispiam dubitauerat? At cur non potiùs ita scripsit Tribonianus, quomodo Paulus procul dubio scripsisset, *sed dicendum est heredem qui suspectam dicat, non esse compellendum adire.* Deinde, quæ sequuntur, *si incertum sit an mandauerit*, quæ ad fideicommissarium vtique referenda sunt, quis non videt, inspecto nudo verborum contextu referri potiùs debere ad heredem qui suspectam dicat, de quo sunt ea quæ proximè præcedũt? At si ne quid licet supplere velis, quod exprimi debuit, & ita scribere, *si incertum sit an fideicommissarius mandauerit,*

rit, nihilo meliùs feceris. Sic enim assequeris vt eadem cōstructionis ratione sequentia illa *quamuis ei caueatur* referenda sint ad fideicommissariam, quæ tamen relata sunt, omninóque referri debent ad heredem: de quo & illa sunt quæ subiiciuntur, *Quòd si sponte adierit hereditatem*. Sed & æquè intricatus est versiculus ille vltimus *sed actiones si non mandauit transibunt eo tempore quo tatum habuerit*. Totus enim referendus est non ad heredem de quo sunt proximè præcedentia, sed ad fideicommissarium. Quàm verò à prudentum elegantia Tribonianeus hic loquendi mos alienus sit, sciunt omnes qui in libris nostris diligentiùs & attentiùs versati sunt. Nec satis mirari possum eruditiorum & acutiorum interpretum quos hæc nostra ætas tam multos tulit, sedulam, perspicacem, támq. accuratam industriam in tot Tribonianismis quos in hunc vsque diem obseruauimus discernendis nihil omnino vidisse. Sed minùs succenserem Triboniano si nihil nisi suas illas quasi Cæsareas distinctiones, & constitutiones sub prudentum autoritate insinuasset, si modò à iuris ratione minùs abhorrerēt: quamquam dici non potest quot & quātis difficultatibus ea res miseram nostram iurisprudentiā onerarit, dum assiduè laborandum nobis est, vt vel quæ Tribonianus in Iureconsultorum libris corrupit quasi sic ab ipsis tradita ad veram iuris regulam accommodemus, vel, quod multò periculosius est, ipsam quoque iuris veteris rationem ex iis constituamus. Sed illud omnino intolerabile est, vt sub Pauli vel alterius Iureconsulti nomine sententias & distinctiones Tribonianeas apertè falsas & iniquas obtrudi patiamur: cuiusmodi eæ sunt de quibus iam dicturi sumus. Primùm autem occurrit §. vlt. huius ipsius legis. Nam de cæteris separatim & in sequentibus capitibus dicendum erit, Verba §. vlt. hæc sunt, *An vbi defunctus conueniri debuit, & fideicommissarius debeat, videndum: Si sua sponte heres adiit & restituit hereditatem, an tribus locis fideicommissarius defendi debeat, vbi defunctus, & vbi heres & vbi ipse domicilium habeat. Oportet itaque ibi fideicommissarium conueniri vbi vel domicilium habet, vel maior pars restituta hereditatis habetur.* Ego totum hunc §. Triboniani esse contendo, Pauli verò ne verbum quidem. Video enim quæstionem prorsus ineptam, Distinctionem quæ subiicitur de herede an sponte adierit an coactus, multò ineptiorem, Definitionem verò qua vtramque quæstionis partem dirimit, omni ex parte falsam. Dixi quæstionem primùm esse ineptam non ob id solùm quòd aliena sit à titulo (pertinet enim potiùs ad tractatum De iudiciis) sed etiam quia cùm fideicommissarius sit loco heredis, *l. postulante* 44. §. 1. *eod.* §. *restituta Instit. De fideic. hered. l. si filiusfamilias* 5. §. 1. *D. quod cum eo qui in alien. potest.* non differt quæstio hæc Vbi fideicommissarius conueniendus sit, ab illa, Vbi heres: ac proinde sufficiebat ad propositam quæstionem sic respondere, Fideicommissarium ibi esse conueniendum, vbi, si verus & primus heres ille esset, conueniretur. Vbi autem conueniri possit ex defuncti persona quisquis heres est, non fuit inter Iureconsultos controuersum. Constitit enim ibi esse conueniendum vbi proprium domicilium habeat, aut vbi domicilium defunctus habuit, aliáve de causa potuit conueniri, si vel ibi heres reperiatur, *l. heres absens* 19. *D. de iudic.* vel cœpto iam iudicio defunctus sit is cuius heres est, *l. si is qui Romæ* 34. *eod.* vbi ratio redditur *quia succedit in eius locum à quo heres relictus est.* Dixi ineptiorem esse distinctionem illam quæ subiicitur An heres sponte adierit nécne, & eam quæ ex huiusmodi distin-

ctione cõflatur dubitationem, An si heres spõte adierit, tribus locis defendi fideicommissarius debeat, vbi defunctus domicilium habuit, vbi heres, vbi denique ipse fideicommissarius. Quid enim refert an heres sponte adierit, an coactus cùm non de herede disputatur, sed de fideicommissario? An verò fideicommissarij condicionem meliorem aut deteriorem facere illud debet quod heres rogatus, aut sponte adierit aut coactus? Sed Tribonianum vt ita distingueret sicut & vt quæstionem istam in hoc loco interfereret, mouisse illud videtur, quod in §. præced. Paulus scripserat, Si legatus Romæ compulsus adierit hereditatem, & restituerit, cogendum fideicommissarium Romæ actiones pati, quamuis heres ipse non cogeretur. Inde namque inferri posse quasi à contrario sensu fortassis credidit, Sponte igitur adita hereditate, ibi cogendum esse fideicommissarium actiones suscipere vbi heres ipse cogi posset, Omnino improbabili collectione. Nam cùm heres compulsus adiit, postquàm placuit cogi eum posse vt etiam alio loco adeat, quàm in quo eum adire & restituere testator voluerat, *l. sed etsi alio loco 9. hoc eod. tit.* ea ratio nocet fideicommissario vt in eo quoque loco possit conueniri, in quo hereditatem sibi restitui voluit, Siquidem ipsa hereditatis restitutio est quæ creditoribus hereditariis eum obligat. Nec probè recusare potest, quominus eo iure vtatur quo in alium vsus est, licèt noua persona sit à qua conuenitur, argum. *l. 3. §. hac pœna. D. quod quisque iur. in alium constit.* At non debet ea res nocere heredi qui adiit compulsus, quia cùm iubente prætore adierit, deinde per restitutionem omnes in fideicommissarium actiones transtulerit, nullibi potest conueniri, magisque habendus est pro eo qui repudiauerit aut se abstinuerit quàm pro eo qui adierit, *dict. l. si filiusfamilias. 5. §. 1. D. quod cum eo qui in alien. potest.* Nec quæ ratio fecit vt potuerit cogi adire Romæ & alio etiam loco quàm vbi testator voluerat, nimirum quod nihil ipsius interesset translato subinde in fideicommissarium toto effectu aditionis. Eadem facere poterat vt si sponte adiisset quocunque etiam loco à creditoribus hereditariis conueniri posset. Tunc enim sicut hereditatem sibi suóque & commodo & periculo acquisiuisset, ita nec alibi conueniri debuisset, quàm vbi iuris communis ratio permisisset. Interest namque non parum eius qui conuenitur, ne alibi quàm apud suum, & competentem iudicem inquietetur siue fori priuilegium aliquod habeat siue nullum. Sed non inde fit vt heredis forum vllo casu sequi debeat fideicommissarius, quia quod diximus esse illum heredis loco, non hunc sensum habet, vt in ius heredis succedat tanquam ipsius successor, sed vt defuncti personam æquè repræsentet, atque si iure ciuili heres eius esset, quia per fideicommissum non heredi succeditur sed testatori, vulgar. *l. coheredi 41. §. cum filiæ De vulg. & pupill. substitut.* Denique nec dubitandi ratio vlla vel minima excogitari potest, propter quam putare quisquam deberet ibi esse conueniendum fideicommissarium vbi heredem qui hereditatem restituit conueniri oporteret si hereditatem non restituisset. Sed & illud à Triboniano parum cautè factum est, quod proposita primum quæstione, vbi fideicommissarius conueniri debeat, subinde tractat, An tribus locis defendi debeat, quasi eadem sint *conueniri & defendi*, quæ tamen sunt valde diuersa. Fieri namque potest facilè, ac sæpenumero fit vt alio loco defendendus quis sit, alio conueniendus, *l. non ab iudice.*

iudice 64. §. 1. *D. de iudic. l.* 3. *in princip. D. iudic. solui.* & ponuntur ista tanquam separata, in *d. l. heres absens*, licèt regulare sit vt non aliter videatur res bene defendi quàm si ibi defendatur vbi debet agi: *l. iam tamen* 5. *§. vlt. D. iudicat. solui.* At audiamus quid tandem ad propositam quæstionem Tribonianus respondeat, *Oportet itaque*, inquit, *ibi fideicommissarium conueniri, vbi vel domicilium habeat, vel maior pars restitutæ hereditatis habetur.* Vnde verò ista collectio? Aut quomodo quóve argumento id ex præcedentibus inferre possis? Præsertim cùm in iis ne verbum quidem sit vnum ex quo possit coniici quæsitum fuisse vnquam, vtrum in eo loco fideicommissarius conueniri debeat in quo sita sit maior pars bonorum ex fideicommisso restitutorum: alioqui debuerat Tribonianus in præcedentibus illis, *an tribus locis* non de tribus locis quærere, sed de quatuor, id est, an quatuor locis defendi fideicommissarius debeat, vbi defunctus domicilium habuit, vbi heres, vbi fideicommissarius ipse habeat, & vbi maior pars restitutæ hereditatis habetur. Et verò cùm proposita quæstio sit de actionibus tantùm personalibus (nam de actionibus in rem dubitari non posset quin eo quoque loco exercendæ essent in quo res reperiretur *l.* 1. *&* 2. *C. vbi in rem act.*) planè non video quo iure possit fideicommissarius conueniri actione personali vbi res hereditariæ sitæ sunt, nisi proponas defunctum ibidem domicilium habuisse. Quamquam nec hoc sufficiet, nisi addas in eo quoque loco fideicommissarium repertum fuisse, nam & in persona heredis, cuius vices gerit fideicommissarius idem obseruaretur, vt suprà diximus ex *d. l. heres absens* 19. *de iudic.* Scio fideicommissum ipsum ibi petendum esse vbi sita est maior pars hereditatis restituendæ, vel vbi heres domicilium habet *l. si fideicommissum* 50. *§. vlt. cum duab. seqq. eod. l. vnic. C. vbi fideic. petat.* Et hoc fortasse fuit quod Tribonianum fefellit. Sed obseruare debuit longè diuersam esse quæstionem illam, vbi de fideicommisso agere fideicommissarium oporteat, ab hac, vbi fideicommissarius ipse à creditoribus hereditariis conueniendus sit. Fideicommissi enim persecutio licèt in heredis personam dirigatur, tamen in rem quoque scripta est *l. actio* 28. *D. de oblig. & act.* iunct. *l. pecuniæ* 178. *§. actionis de verbor. signific.* ideóque mirum videri non debet si eo in loco exercenda sit in quo res sitæ sunt, saltem maiori ex parte, quia & in legatis ac fideicommissis omnibus generale est vt ibi præstari debeant vbi à testatore relicta res est, *l. cùm res legata* 47. *l. si seruus legatus* 108. *de legat.* 1. Etsi aliud est quærere vbi res præstari debeat, aliud vbi peti. Legata enim & fideicommissa si per actionem personalem exigantur, ibi petenda sunt vbi heres domicilium habet, nec eò minùs tamen ibi præstanda sunt vbi res est, at si per actionem in rem petantur, ibi etiam petenda sunt vbi res est *l. quod legatur* 38. *D. de iudic.* At cùm fideicommissarius ipse conuenitur à creditoribus hereditariis, vtique conuenitur actione personali tanquam qui sit iuris successor, & perinde ac conueniretur si heredis non solùm ius, sed etiam nomen haberet. Ibi ergo præcisè conueniendus est vbi domiciliũ habet, aut vbi defunctus habuit si vel ibidem reperiatur, vel iudiciũ iam cœptũ fuerat cum defuncto *d. l. heres absens*, & *d. l. si is qui Romæ* 34. *eod.* Denique adeò verum est, quoties personalis actio exercetur, non esse inspiciendum vbi si-

tæ ſint res hereditatis fideicommiſſariæ, vt ſi fideicommiſſarius non fideicommiſſum ipſum petat, ſed ſatiſdationem duntaxat fideicommiſſi nomine non ſit remittendus ad eum locum in quo res ſitæ ſunt, vt eleganter Vlpia. ſcribit in *l. ſed etſi ſuſcepit* 52. *§. vlt. eod. tit.* Concluſio igitur illa Tribonianea falſa eſt & à iure aliena in eo quod creditoribus hereditariis dat electionem vt fideicommiſſarium poſſint conuenire in eo loco in quo maior pars fideicommiſſi ſita eſt, manca verò & mutila in eo quod non adiicit poſſe illum conueniri in eo loco in quo defunctus conueniri potuit & debuit, nempe ſecundum eam diſtinctionem quam proximè diximus ex heredis perſona & exemplo ad fideicommiſſarium quoque trahendam eſſe.

Ad §. tempeſtiuum eſt. l. ille à quo 13. D. eod. tit. ad SC. Trebell.

CAP. XII.

TEMPESTIVVM iam eſſet de Tribonianiſmis iſtis nihil amplius dicere, & in obſcurioribus prudentum reſponſis interpretandis operã potiùs collocare: quod certè multò alacriùs, nec fortaſſe minùs feliciter præſtaremus. Sed cogit nos vel ipſa dictio *tempeſtiuum*, quæ huic §. principium dedit, vt hunc quoque ſuperioribus addamus, & apertè falſam ineptámque ſententiam, quæ Vlpiano tribui ſine ſcelere non poſſit, Triboniano adſcribamus, *Tempeſtiuum eſt*, inquit, *perquirere per quem quis cogatur adire & reſtituere hereditatem.* Cur verò tempeſtiuum? nempe quia Vlpianus in §. prox. ſeq. quæſiturus erat, an per filiumfamilias prætorem cogi poſſet pater qui de hereditate reſtituenda rogatus eſſet. Sicut & in §. *vlt. l. qui ita* 66. *eod. tit.* de quo proximè diximus, tẽpeſtiuum Triboniano viſum fuit quærere, vbi fideicommiſſarius conueniri debeat, quia in §. præced. tractatum fuerat de fideicommiſſario ibi conueniendo, vbi heredem inuitum adire coegiſſet. Quid autem intempeſtiuius, aut ſtultius quæri potuit? Quis enim neſcit coactionem inductam ſenatuſconſulti Pegaſiani autoritate per prætorem fideicommiſſarium fieri debuiſſe? An non id Vlpianus ipſe iam toties dixerat in legibus illis omnibus præcedentibus quæ ſumptæ ſunt ex eodem lib. 4. fideicommiſſorum, præſertim in *l. quia poterat* 4. *l. recuſare* 6. *l. apud Iulianum* 11. *eod. tit.* Aut quid frequentius in toto iſto tractatu de Senatuſconſulto Trebelliano, quàm vt fiat mentio prætoris cogẽtis heredem qui ſuſpectam hereditatem dicit, vt eam adeat inuitus? Etſi ſenatuſconſulti Pegaſiani nomen ſuppreſſum fuit à Triboniano propter tranſlatam Pegaſiani poteſtatem in Trebellianum, vt Tribonianus ipſe teſtatur in *§. ſed quia Inſtit. de fideic. hered.* vbi ſcribit omnes reſtitutiones hodie fieri ex Trebelliano etiam quæ fiunt per heredem coactum. Sed & vix eſt, vt alio Pandectarum loco videas vſurpatã dictionẽ illam *tempeſtiuum*, qua tamen idem Tribonianus etiã vſus eſt in Proemio Digeſtorum *§. ſed ordines*, vt & Accurſius noſter adnotauit. At neque *perquirere* pro *quærere* & *diſputare* alibi vſpiam ſcriptum memini, præterquam fortaſſe in *l. facta* 63. *§. ſi heres ante hoc eod. titul.* quem etiam locum Triboniani eſſe docuimus libro duodecimo, capite 17. in quo tamẽ §. non *perquirendi* verbo vſus eſt, ſed *requirendi*. Quæſtio

autem

autem ipsa verbis non solùm nimis generalibus, sed etiam ambiguis concepta est. Non enim ad Prætores duntaxat aut Consules aliósve magistratus pertinet, sed ad alios quoslibet heredes institutos. Et tamē Triboniani mēs fuit quærere duntaxat de magistratibus, vt sequentia illa demonstrant *veluti si prætor aut consul fuerit heres institutus*, sicut & cùm quærit per quem cogi possit prætor aut consul, de illo duntaxat quærit, per quem magistratum an per prætorē, an per consulem. Et tamen verba propositæ quæstionis admittunt, vt responderi possit, Heredem institutum quemlibet siue prætor ille sit siue consul posse cogi per fideicommissarium. Nam & sic passim Iureconsulti loquuntur vt coactionem quæ fit iubente prætore ac postulante fideicommissario, per fideicommissarium fieri dicant. Subinde autem quod est absurdius variat quæstionem Tribonianus, & immemor illorum verborum *per quem quis cogatur adire*, postquàm restrinxit quæstionē ad eum casum quo prætor aut consul heres scriptus fuit, si biungit *an cogi possit adire & restituere*. Nemo enim non videt diuersam esse quæstionem hanc *an cogi possit adire* ab illa *per quem cogatur adire*. Respondet autem ad propositas quæstiones. *Et dicēdum est prætorem quidem in prætorem vel consulem in consulem nullum imperium habere, sed si iurisdictioni se subiiciant solet prætor in eos ius dicere*. Constitutio verborum faciebat vt propter illa præcedentia *& dicendum est*, scribi deberet in seqnētibus *solere prætorem* quomodo in mediis scriptum est per infinitiuum & rectè *nullum imperium habere*. At supradictis verbis non satisfacit certè dubitationi. Quid enim si nolint illi se subiicere iurisdictioni? An nullus erit magistratus qui in eos possit ius dicere? Deinde si nihil aliud obstat ne in eos ius dici possit, nisi quòd neque par in parem, neque inferior in superiorem habeat imperium, quid prohibebit Consulem tanquam maiorem magistratum ius dicere in prætorem? Nec tamen id quicquam in proposito rectè dixerit, quia constat De fideicommissis eorúmque restitutionibus in vrbe non fuisse cognitionem Consulum aut alterius magistratus, sed solius prætoris in eam rem constituti, qui & ob hanc causam prætor fideicommissarius dicebatur: vt Tribonianus refert in §. 1. *Instit. de fideic. hered.* cùm Diuus Claudius primùm duos prætores creasset qui de fideicommissis ius redderent, quorum alterum posteà Diuus Titus detraxit, vt Pomponius memorat in *l. 2. §. capta deinde Sardinia D. de orig. iur.* Sed neque videre possum cur & prætorem & consulem cogere nequeat prætor qui de fideicommisso cognoscit, cùm si prætor consulve heres institutus sit, déque eo ad aditionem & restitutionem cogēdo tractetur, censendus sit quod ad hanc rem attinet tanquam priuatus, non tanquam magistratus. Proinde non potest ad rem pertinere ratio illa quòd par in parem non habeat imperium, multóque minùs inferior magistratus in superiorem. Id enim tunc verè dicitur, cùm prætor tanquam prætor ius dicere vult in prætorem tanquam prætorem aut in consulem tanquam in consulē, non etiam cùm vel in hunc vel in illū tanquam priuatum. Quidni enim priuati iure vtetur prætor & consul, cùm in huiusmodi causis ipse quoque Princeps eo iure vtatur? *l. cum heredes 7. C. qui testam. facer. poss.* Nisi quod plerunque vt principalem maiestatem decet tractant Principes liberaliùs, nec solùm sponte restituunt, sed etiam totum, id est ne retenta quidem quarta quam alius heres quilibet etiam inuito testatore retinere posset. Aut si præcepta vel retenta certa re vel summa rogati sint restituere, licèt id minùs quàm

quarta pars esset; non patiuntur tamen quicquam amplius vindicari, vt Marcianus scribit,& à Diuis Traiano, Hadriano & Antonino rescriptum esse testatur in *l. si legatus* 30.*§. vlt. D. ad SC. Trebel.* cuius loci non dubito quin hic proprius & germanus sensus sit, ab Accursio quoque benè perceptus. Etsi video clarissimum Iureconsultum Iacobum Cuiacium longè aliter interpretari ad Nouell. *De hered. & Falcid.* Sic nimirum vt si heres iussus sit sine vlla præceptione hereditatem, restituere, nonnumquam condonata ac remissa sit quarta rescripto Principis accedente ad defuncti voluntatem. Quæ interpretatio sanè improbabilis est. An enim dici possent Principes donasse quartam, quæ non iis sed heredi instituto debebatur? An non potiùs id esset eripere quàm donare? Aut quodnam nouum genus liberalitatis videretur id donare fideicommissario quod heredi eriperetur? Denique sine lege ac sine exemplo illud est, vt ante Iustiniani constitutionem potuerit Trebellianica magis quàm falcidia prohiberi: Obstabat enim quod ad falcidiam autoritas legis falcidiæ: quod ad Trebellianicam autoritas senatusconsulti, nec credibile est ei testatoris voluntati quæ contra legem & contra senatusconsultum esset, bonos Principes in dispendium heredis fauere vnquam voluisse. Sed is tractatus ab instituta disputatione alienus est. Nam id tantùm nunc agimus vt ostendamus Principem quoque cùm heres scriptus est & de restituenda hereditate rogatus ius commune cum cæteris habere, quomodo loquuntur Imperatores in *d. l. cùm heredes.* Multò igitur magis fatendum est & prætorem & Consulem & cæteros quantumuis maiores magistratus si heredes scripti sint & rogati, debere vti iure communi, ac proinde pati vt per heredem fideicommissarium sicut & quilibet alij heredes cogi possint. Quò etiam pertinet, quod in *l. sed & qui* 5. *eo. tit.* ex Marciano scriptũ est eos quoq. qui magna præditi sint dignitate, vel autoritate, harenarij quoq. vel eius mulieris quę corpore quæstũ fecerit hereditatẽ restituere cõpelli. Ad quos enim meliùs id referre possis quàm ad magistratus qui non tantùm dignitate magna præditi sunt, sed etiam autoritate? Si quidem qui magistratus non sunt, licet anteà fuerint, puta viri consulares, dignitatem duntaxat habent, sed autoritatem non habent. Mouisse Tribonianum illud videtur quod idem Vlpianus noster scribit in *l. 3. §. vlt. De recept. qui arbitr.* arbitrum cuiuscunque dignitatis cogi per prætorem vt officio quod susceperit perfungatur, etiamsi sit consularis, nisi fortè inquit in aliquo magistratu vel potestate positus sit, consul fortè vel pętor, quoniam in hos (sic enim legendum est non *in hoc*) imperium non habet. Ratione illa quę ex Paulo subiicitur in l. seq. quòd magistratus superiore imperio cogi possint, at pari, nullomodo: Nam & sic locus ille construendus est, & in illis verbis *aut pari imperio* legendum *at* non *aut.* Falsum enim est quod alioqui verba sonarent, magistratus non magis superiore quàm pari imperio cogi posse, cùm eadem lex dicat inferiores magistratus per prætorem cogi posse. Sed obseruare Tribonianus debuit, Interesse quàm maximè an agatur de cogendo magistratu vt sententiam dicat, an verò vt hereditatem adeat, de qua restituenda sit rogatus. Arbiter enim quodammodo iudex est, & arbitri sententiam dicimus sicut & iudicis, *l. diem proferre* 27. *§. stari & pact. eod. titul.* quia redacta iam olim fuerunt compromissa ad instar iudiciorum, *l. 1. l. non distinguemus* 32. *§. item si quis Romæ in fin. eod. l. rem*

non no-

non nouam 14.*§.patroni. C. de iudic.* Proinde cùm publico officio fungi videatur qui arbiter est, nec sit dubitandum quin sententia à prætore vel à consule reddita licèt tãquam ab arbitro multò maioris sit autoritatis quàm si à priuato reddita esset, siue ante magistratum, siue in ipso magistratu personæ huiusmodi arbitrium susceperint, rectissimè constitutum est vt neque prætor neque consul per prætorem cogi possit, vt de compromisso sententiam ferat, quoniam ita fieret, vt eadem autoritas, quæ sententiam corroboratura esset per iubentis prætoris coactionem & imperium quodammodo violaretur. At cùm prætor vel consul heres instituitur, & hereditatem per fideicommissum restituere iubetur, nihil habet ea res commune cum potestate & autoritate qua præditus ille est iure magistratus, ideóque nihil fit contra decorum, nec magistratus dignitas vllomodo ostenditur, tametsi tanquam alius quilibet priuatus hereditatem & adire & restituere per prætorem fideicommissarium, cuius propria ea iurisdictio est, compellatur. Sic dicimus, Consulem si minor sit annis viginti, seruos suos apud se manumittere non posse, cùm ipse sit qui ex senatusconsulto consilij causam examinat, non possit autem & consulis & priuati vice fungi, ob idque apud collegam suum manumittere debet vt idem Vlpianus scribit in *l.vnic. in fin. D. de offic. Consul.* Et tamen actus ille manumittendi iurisdictionis est, quamuis voluntariæ non contentiosæ & hoc casu proculdubio ius dicit collega in collegam, at non tanquam in collegam sed tanquam in priuatum. E contrario dicimus non posse parem aut minorem magistratum restituere in integrum aduersus sententiam paris vel superioris magistratus, *l.præfecti* 17. *cum l.seq. D. de minor.* quoniam à magistratu tanquam à magistratu fertur sententia, non tanquam à priuato. Denique in omnibus ferè inspiciendũ est nõ tam quid à quo, quàm à quali fiat fierìve debeat, id est, an quis faciat faceréve quid debeat, tanquã talis an tanquam quilibet *l.si paterfamilias* 15.*§.* 1. *D. de adopt. l. item eorum* 6. *D. quod cuiusque vniuers. nomin. l. mulier.* 22.*§. vlt. l. debitor.* 59. *§. vltim. D. ad SC. Trebell.* Verùm inscitiam Triboniani prodit illud apertiùs quod sequitur *sed etsi ipse prætor heres institutus suspectam dicat, ipse se cogere nõ poterit, quia triplici officio fungi non potest, & suspectam dicentis & coacti & cogentis.* Quasi verò alia sit persona suspectam dicentis, alia coacti, ac non idem ille cogendus sit adire, qui suspectam hereditatem dicit. Suauis verò & certè nimis bonus est Accursius qui vt tam stolidum errorem excuset, notat duo quidem officia tantùm hìc interuenire coacti & cogentis sed prima facie videri tria. Sed neque video quo sensu aut qua elegantia, officio aliquo fungi dicatur heres siue cùm hereditatem suspectam dicit, siue cùm adire cogitur, officio planè suo fungitur prætor fideicommissarius cùm eum adire cogit, Illud vtique difficile est dicere quis in hac vltima specie prætorem ipsum fideicommissarium heredem institutum cogere possit ad adeundum. Si collegam haberet, dici posset cogendum esse illum per collegam argum. *dict. l. vnic. De offic. consul.* At iam diximus, ex duobus illis prætoribus fideicommissariis quos Diuus Claudius constituerat, alterum à Tito Imperatore detractum fuisse. Igitur vel ad prætorem vrbanum debuit ea iurisdictio pertinere, qui licèt non superior prætore fideicommissario, potuisset tamen in eum

tanquam priuatum ius reddere, secundum ea quæ proximè disputauimus, vel ad præfectum vrbi, aut ad Consulem, quorum maior iurisdictio fuit, Præfecti quidem vrbi, vt à prætore quoque appellari posset, *l.Æmilius Larianus 38.D.de minor.* ac proinde tanquam superior, *l.1.§.pen.D.de appel.* Consulis verò vt manca prætoris potestate subueniret quoties opus esset, *l.cum quidam 30.in princip.D.de acquir.hered.* Neque dubitandum est quin saltem apud maiores & superiores compellari potuerint inferiores, si quando ab iis tanquam priuatis exigendum quid fuit, quod moram tantam non pateretur, vt magistratus finiti tempus expectari posset, alioquin quid obsecro fieri potuisset, nullodum in republica Romana Principe constituto? Etsi non ignoro eo tempore hanc de fideicommissi restitutione quæstionē incidere non potuisse, siquidem constat ante Augusti tempora nullum fuisse vsum fideicommissorum, sicut neque codicillorum, vt Iustinianus præfatur in *princip.tit.de codicill.Instit.* Concludit verò tandem Tribonianus in hæc verba, *Sed in his omnibus casibus atque similibus principale auxilium implorandum est.* Scribere debuerat *Ergo* non aduersatiuè. Vtrouis tamen modo inepta sententia est, quia, vt probauimus, potest etiam consul cogi per prætorem tanquam priuatus, ipse quoque prætor fideicommissarius si non per prætorem vrbanum tanquam & ipse hoc casu priuatus, saltem per superiores magistratus, quibus scilicet obiici non possit illa ratio Triboniani quod neque par in parem habeat imperium, neque inferior in superiorem. Frustráque aditur Princeps de ea re quæ per magistratum & iure communi expediri possit. Tum demum enim autoritas Principis necessaria est, cùm stricti iuris ratio non patitur vt quid fiat, ne quidem ex æquitate, quod tamen fieri æquitas suggerat, vt in specie illa de qua Vlp. in *l.cum verò 26.§.vlt.cum l.seq.De fideic. libert.* iunct. *l.1.C.de legib.*

Ad §.vlt.l.facta 63.eod.tit.l.si non lex 83.§.1.D.de hered. inst.l.tractabatur 14.D.de testam.milit.

CAP. XIII.

QVAE à nobis, non in hoc solo Coniecturarum nostrarum libro, sed etiam in superioribus tam multa iam obseruata sunt à Triboniano in Iureconsultorum responsis corrupta & immutata, probant manifestè vix alium in Pandectis titulum vllum esse deprauatiorem, & digniorem in quo expurgando laboraremus. Neque tamen id nos hucusque assecutos ausimus dicere. Adeò pleraque inter legendum eiusmodi occurrunt quotidie, & alii cuilibet, quo erit perspicacior, eò plura occurrent. Nemo enim nescit quàm multa Iustinianus innouauerit, ad hunc de senatusconsultis Trebelliano & Pegasiano tractatum pertinentia toto ferè iure illo quod prudentum temporibus obtinuerat ita perturbato, vt nec Trebelliani nec Pegasiani senatusconsulti autoritas vlla amplius superesse videatur, eo præsertim casu quo heres de restituenda hereditate grauatus, aut adire nolit, aut ante aditam vel restitutam hereditatem moriatur. Ad quem casum pertinet *l.pen.C.ad SC.Trebell. & Nouell.1.de hered.& falcid.* vt scripsi libr.5.cap.7. Sed non possum facere quin superioribus Tribonianismis

nissmis hunc adiiciam, quem nouissimè obseruaui in *§. vlt. l. facta 63. hoc eod. tit. ad SC. Trebell.* vt ex eo potissimùm appareat quàm malè in principiis iuris versatus fuerit Tribonianus. Tractatur in hoc *§.* de eo, qui cùm soluẽdo non esset, Titium heredem instituit, & Stichum seruum suum liberum esse iussit, rogauitque Titium, vt ei restitueret hereditatem. Quæritur autem, an si Titius hereditatem adire recuset, cogi possit Sticho postulante. Et respondetur, vix esse vt cogatur, ratione illa, quòd licèt desiderante seruo Titius adiret, siue sponte, siue coactus, non tamen posset libertas seruo competere, quasi in fraudem creditorum data, licèt Titius locupletissimus proponeretur, qua de causa nec hereditas ei restitui posset. Sed tamen ex sententia legis dicendum esse, perinde habendum acsi is seruus solus liber & heres scriptus esset, nec Titius heres esset. In quo responso, ne possis dicere, Iurisconsulti responsum esse, illud primùm à iuris ratione alienum est, quod non alia de causa libertatem hanc competere negat, quàm quòd data sit in fraudem creditorum: Cùm tamen certissimum sit lege Ælia Sentia quæ datas in creditorum fraudem libertates valere non patitur, nec si heres locuples sit, *l. si locuples 57. D. de manum. testam. l. cùm hereditas 5. D. qui & à quib. manum.* Permissum tamen esse debitori qui soluendo non sit vt vni ex seruis suis, & cui voluerit, libertatem dare possit, dummodo vni duntaxat non pluribus. Adeò vt etiamsi contra legem pluribus data sit libertas, ei tamen cõpetat qui priore loco scriptus fuit, *l. qui soluendo 60. D. de hered. instit.* Tunc enim sibi obstant inuicem, cùm nesciri potest quis prior nominatus sit, puta si duo sint eiusdem nominis, vt in casu, *l. qui soluendo 42. cum l. seq. eod. tit.* Alia igitur ratio adferri debuit propter quam libertas in proposita specie seruo competere non possit. Illa videlicèt, quòd lex Ælia Sentia non aliam ob causam permittit ei qui soluendo non est, vt testamẽto vni ex seruis suis det libertatem, nisi vt possit ille habere heredem necessarium, sub cuius nomine possint bona hereditaria distrahi sub hasta postulantibus hereditariis creditoribus, in eóque famæ & existimationi defuncti ciuis Romani consulatur. Quæ origo fuit instituendorum seruorum vt necessariorum heredum, quemadmodum Iustinianus scribit in *§. 1. Tit. de hered. qualit. & differ. Instit.* Vnde est quod Paulus scribit in *l. si is qui soluendo 57. de hered. instit.* legem Æliam Sentiam ita demùm ei qui in fraudem creditorum heres institutus est conseruare libertatem, si nemo alius heres ex eo testamento esse potest. Adeò vt si seruus cum libertate heres institutus sit, & liber homo substitutus, incipiendum sit à substituto, vt eo loco Paulus ait, sicut & si quis primò Stichum, secundò eum cui ex fideicommissi causa libertatem debebat liberum & heredem instituerit, idem Paulus ex Neratio scribit in *l. si is qui 55. eod.* Secundo loco scriptum heredem fore, quia non possit videri creditorũ fraudandorum causa manumissus, nec ferè beneficium aliquod à defuncto consecutus, *l. si seruo 84. eod. tit.* Nam quod diximus ex pluribus seruis ab eo qui soluendo non erat institutis, solum eum qui primo loco scriptus est hereditatem capere, *d. l. qui soluendo 60.* ad illum casum pertinet, quo vterque in fraudem creditorum manumissus fuerit, quo casu nihil est quod cæteris paribus dici melius possit, quàm quod legis Æliæ Sẽtiæ verbis ipsis cautum fuit, vt vti quisque primus scriptus est heres sit. At cùm alter primo loco institutus est in fraudem creditorum, alter secũdo quidem loco, sed citra fraudem, propter debitam ex anteriore fideicommissi causa libertatem, præfe-

rendus est secundò scriptus, vt citra creditorum iniuriam iustior defuncti voluntas conseruetur. Cùm igitur ex his appareat, non nisi ex necessitate permissum fuisse ei qui soluendo non esset, vt seruum suum instituere posset ac ita demum si alium heredem non haberet. Consequens fit vt in proposita specie, id est, Titio herede instituto rogatóque heredem restituere Sticho, quem testator directò, non per fideicommissum voluerit esse liberum (valdè enim refert an directa libertas data sit, an fideicommissaria, vt mox dicemus contra Accurs. ad *l. si non lex 83. §. 1. D. eod. tit. de hered. instit.*) non possit competere Sticho libertas siue vltrò, siue desiderante Sticho Titius adierit hereditatem, non quòd in fraudem creditorum data sit, siue locuples Titius sit, siue non, sed quòd Titio herede existente non possit fieri vt ex testamento eius qui soluendo non fuit, quisquam seruus libertatem consequatur. Vnus enim tantùm casus est, isque valde singularis, quò euenit vt ei qui soluendo non est, seruus vnus cum libertate heres existat, & alius preterea heres adiiciatur, nimirum si seruo cum libertate herede instituto, sic adiectum sit, *si mihi Stichus heres erit, tunc Titius quoque heres esto.* Nam Titius antequàm Stichus ex testamento heres extiterit, heres esse non potest: cùm autem semel heres extiterit seruus, non potest adiectus efficere, vt qui semel heres extitit, desinat heres esse: quemadmodum eleganter ratiocinatur Caius in *l. ei qui soluendo 88. eod. tit.* In proposito autem casu contrà eueniret, si libertas seruo competere posset, vt ex eo tempore inciperet cōpetere, quo Titius iā heres esset, quod vtique lex Ælia Sentia nullomodo, nullóque prorsus casu permittit. Illud verò semper meminisse oportet, quod in præcedentibus sæpiùs diximus, ei qui seruus maneat, hereditatem fideicommissariam restitui nunquam posse, nec eo postulante cogi heredem vt adeat hereditatem. *l. si cui 31. l. si res aliena 52. §. 1. cum l. seq. D. hoc tit. ad S C. Trebell.* Nihil igitur aliud erat quòd ad propositam quæstionē respōderi posset, quā ne postulante seruo qui libertatē consequi nō posset, cogi deberet heres ad adeundā hereditatē. Et tamen contrà respōdetur in hæc verba, *sed ex sententia legis dicendū est perinde habendū, acsi is seruus solus liber & heres scriptus esset, nec Titius heres esset.* Hoc verò alterum illud est, quod non puto ex iuris ratione defendi posse. Nam si nihil nisi legis Æliæ Sentiæ verba, mētémque respicias, dubitandum non est quin sententia legis conueniat cum verbis, nec magis ex sententia quàm ex verbis libertas, de qua agimus, cōpetere seruo possit: Cùm id vnū legi propositū fuerit, ne per institutionē necessarij heredis, cui cum hereditate libertatem obtingere necesse esset, creditoribus fraudem fieri pateretur, nisi eo demùm casu quo defuncti ciuis Romani famæ & existimationi alia ratione consuli non posset, id est, quo alius nemo ex eo testamento heres futurus esset: quod non eueniret Titio adeūte hereditatem, siue sponte, siue iussu & imperio prætoris Dices Imo futurum, si non possit Titius cogi ad adeundem Sticho postulante, vt testator exitum faciat intestati. Ac proinde ex legis sententia non malè defendi, perinde habendum esse, acsi is seruus solus liber & heres scriptus, nec Titius heres fuisset. Sed respondeo, nō fuisse cur lex succurrere debuerit testatori, qui cùm beneficio legis vti potuisset, vnúmque ex seruis suis heredem scribere in fraudem quoque creditorum, maluit tamen Titium extraneū heredem habere, nec nisi fideicommissariam hereditatē seruo dare. Sed & manifestissimè voluntas testatoris offenderetur, si seruus cui fideicommissaria

dunta-

duntaxat hereditas data esset, pro directo herede haberetur, teiecta Titij persona, qui non modò primus, sed etiã solus heres institutus reperiretur. Neque tamen negare volo æquissimũ fuisse in hac specie prouideri ad conseruandam non solùm libertatẽ,sed & reliquam defuncti voluntatẽ, verùm eo remedio quod à testatoris voluntate nullomodo,à iuris verò ratione minùs abhorreret.Itaque manco legis Æliæ Sentiæ auxilio,quæ de directis tãtùm libertatibus locuta fuerat,& senserat(quandoquidem fideicommissariȩ non aliter ex iure communi valere poterant, quàm si aliquis heres non solùm institutus,sed etiam per aditionem effectus fuisset, quo casu ne directã quidem valere lex permittebat.) Manca etiam autoritate senatusconsulti Pegasiani,quæ non per alium cogi heredem patiebatur, quàm qui liber esset,ac in vniuersum ius defuncti per hereditatis restitutionem succedere posset, necessarium fuit in eam rem fieri nouum senatusconsultum quod temporibus D. Hadriani factum fuisse refert Scæuola in *d.l.si non lex §.1.* eóque cautum,vt si testator qui cùm moritur soluendo non fuit,duobus pluribúsve libertatem dederit,eísque hereditatem restitui iusserit, & institutus heres,suspectam sibi hereditatem dixerit,adire eam cogatur, & ad libertatem perueniat is,qui priore loco scriptus fuerit, eíque hereditas restituatur. Ex quo infert Scæuola, si primo loco scriptus liber desideraret adiri hereditatẽ,nullam esse difficultatẽ,sed si posteriores quoque liberos se esse dicãt,& hereditatem restitui desiderent apud prætorẽ, quæri oportere an soluendo sit hereditas,vt sciatur an omnes liberi facti sint, & consequenter an omnibus eã hereditatẽ restitui oporteat: Absente autẽ primo, sequentem desiderantẽ adiri hereditatem non esse audiendum, quia si primus velit restitui sibi hereditatẽ,præferendus est,& hic seruus futurus. Quibus ex verbis apparet, senatusconsultũ illud non pro legis Æliæ Sentiȩ producẽda ad hũc casum sententia factum fuisse,sed potiùs pro Pegasiano excludẽdo,quo primũ fuerat inductum ius cogendi heredis suspectam dicentis, ita tamen vt legis quoque mentem subsequi Senatus voluerit, in eo præsertim ne pluribus seruis libertatem dare posset is qui soluendo non esset. Itémque vt pluribus data libertate,vti primus quisque liber scriptus esset, is præferretur. Cæterùm vel ex eo maximè senatusconsulto constat,neque anteà ius ita fuisse,vt in specie proposita,perinde habendum esset,acsi Stichus liber & heres scriptus fuisset, neque hodie post Senatusconsultum, ita esse. Nam si Stichus solus liber & heres scriptus proponeretur, non posset ad adeundum compelli Titius,qui non inueniretur institutus. Sicuti nec erat necesse induci per senatusconsultum, vt compelleretur ille ad aditionem, si ex sententia legis Æliæ Sentiæ poterat seruari libertas, sublata Titij persona, conuersáque fideicommissaria substitutione in directam institutionem. Vt planè non possim videre qua ratione motus Accursius,in huius loci interpretatione adferat Scæuolæ responsum in *d.l.si non lex,§.1.* quasi conueniens,cùm è contrario manifestissimè repugnet.At neque facilè possum mihi persuadere Caiũ,qui post Hadriani tempora floruerit, senatuscõsultum illud ignorasse, aut si non ignorauit,magis illud miror,tractantem illum hanc ipsam speciẽ de qua senatusconsultum factum fuit, nullam senatusconsulti mentionem habuisse. Itaque vel hæc vna ratio sufficere potest, vt hunc locum non tam Caio quàm Triboniano adscribere debeamus. Illud tamen etiam me malè habet,quod in *d.l.si non lex §.1.* scriptum video nihil referre an directa

libertas, an fideicommissaria data sit seruo cui hereditatem restituere rogatus est Titius, qui non vult adire. Is enim sensus est illius versic. *idem seruandum in his quibus per fideicommissum libertas data fuerit.* Vt nimirum possit illo etiam casu cogi heres ad adeundum, ne sit sine herede testator qui testamento suo prospexerit, vt hereditas ad liberum hominem institutum, mox per eius personam ad seruum quoque ex fideicommisso perueniret. Quod tamen ne tam facilè possim concoquere, in causa illud est, quòd, vt iā attigi, Senatus mentem & voluntatem legis Æliæ Sentiæ subsecutus est, itémque Senatusconsulti Pegasiani, quantum vtriusque ratio pati potuit cōiunctionem hanc, nouámque constitutionem. Atqui lex Ælia Sentia nunquam permisit ei qui soluendo non esset, vt vni ex seruis suis fideicommissariam libertatem dare posset in fraudem creditorum, sed directam tantùm: quoniam fideicommissaria libertas dari non poterat, quin conferretur in eū casum quo eadem lex etiam directam libertatem dari prohibebat, id est, quo alius ex testamento iam heres esset. Ergo nec eo casu quo heres institutus adire nolit, adeátque coactus, credendum est permisisse Senatum, vt libertas ex fideicommisso deberi possit. Ideò namque & eo solo colore Senatus putauit subueniendum non tam libertati in fraudem creditorū datæ, quàm misero testatori, cuius alioquin bona sub hasta distrahi oporteret, quòd extraneo qui fuit institutus nolente adire, perinde futurum sit vt exitum intestati faciat testator, si non habeat necessarium heredem, acsi extraneum heredem nullum instituisset. Cur ergo extranei instituti suspectam dicentis persona obstabit, quominùs seruo qui eodem testamento liber scriptus fuerit, libertas competat, quæ competeret si extraneus ille institutus non esset? Et tamen non potuit Senatus facere, vt competeret nisi adita hereditate, cùm dies libertatis non nisi ab adita hereditate cedat, *l. heredis 7. §. vlt. cum l. seq. D. quand. dies legat. ced.* Non magis quàm vt directò institutus videri posset seruus, qui non nisi per fideicommissum substitutus esset. Proinde id vnum Senatus fecit, quod facere cōmodius potuit, vt extraneus institutus si hereditatē suspectā diceret, cogi posset ad eā adeundā, desiderante seruo cui & libertas ex aditione esset competitura, & hereditas subinde restituenda. Etsi enim per eiusmodi aditionem coactā verè sit heres is qui suspectam dicebat, tamen cùm periculo suo adire non debuerit, qui adiit compulsus, non potuit Senatus eum habere pro herede, nisi quòd ad ius & effectum hereditatis restituendæ pertineret, cùm necesse sit in eius locum substitui alium, in quem iura omnia transeant, & qui à creditoribus hereditariis cum effectu conueniri possit, qui porrò alius esse nequit, quàm is ipse quo desiderante coactus fuit adire. At ille seruus est, nec in eum possunt vllomodo transferri bona & actiones, nisi fiat liber. Igitur necesse fuit induci reluctantibus licèt verbis legis Æliæ Sentiæ, vt hoc casu etiam in fraudem creditorum data libertas valeret & competeret. (Estque hic casus coniungendus ei quem tanquam singularem obseruauit Caius in *d. l. ei qui soluēdo.*) At quomodo? Nimirum si data esset directò. Nam nec si media interposita non esset Titij persona, quæ ex lege Ælia Sentia obstat libertati, aliter tamē competere libertas posset, quàm si directò data fuisset. An non ergo fieret euidenter contra legem Æliam Sentiam, si plus iuris haberet seruus ad consequendam libertatem in fraudem creditorum herede alio instituto, quàm esset habiturus, si alius nemo institutus probaretur? Denique soli domino

qui

qui moritur non soluendo, lex Ælia Sentia permisit manumittere, id est, directam libertatem dare vt necessarium heredem habere posset. At non etiam ipsius heredi, quia nec necesse aut possibile fuit heredem ei dari, qui alium iam haberet, nec æquum permitti solo fauore libertatis, vt ea libertas deberetur quæ contra primum caput eiusdem legis Æliæ Sentiæ in fraudem creditorum data esset. Quare non dubito quin totus ille versic. *idem seruandum in his quibus per fideicommissum libertas data fuerit*, inepti sit interpretis non Scæuolæ, si non Triboniani esse voles. Nam & cætera quæ in ea lege sequuntur ad directam libertatem, non ad fideicommissariam pertinent. Nec debuit siue Tribonianus, siue interpres ille fuit, ex eo moueri quod alio senatusconsulto cautum est, vt quoties ab eodem herede libertas fideicōmissaria & hereditas præstanda est, possit ille cogi per seruum ad adeundum, *d.l.si res aliena* 52.§.1.*ad S.C.Trebell.* Id enim tunc obtinet, cùm fideicommissaria libertas vtiliter data est, non etiam cùm in fraudem creditorum, & contra legem. Et verò, an non satis est hactenus faueri seruo vt directam libertatem perinde nancisci possit, alio licèt herede intercedente, acsi primus ipse scriptus esset? Imò melior quoque serui huius condicio est ex senatusconsulto, quàm futura esset ex lege Ælia Sentia, in eo quòd heres necessarius non est, quia nec liber necessariò, cùm non aliter possit ei libertas competere, quàm si heres qui suspectam dicit, adire cogatur, qui porrò vt inuitus adeat non nisi hoc ipso seruo desiderante cogi potest. Vt verò seruus ipse adiri hereditatem desideret, multò minùs cogitur, quoniam facto & voluntate ipsius in eam rem necessariò opus est, quod non euenit cùm directò data & libertas & hereditas est. Vtraque enim tunc competit & acquiritur sola iuris ciuilis autoritate. Quæ etiam ratio adferri potest ob quā lex Ælia Sentia de directis tantùm libertatibus, non item de fideicommissariis locuta sit, quia nec necessarium heredem potuisset facere seruum, quem nō priùs aut eodem saltem momento faceret necessariò liberum, nec rursum necessariò liberum eum, cui non nisi ex fideicommisso libertas deberetur, cùm non aliter fideicommissa valeant quàm si & ab iis quibus relicta sunt vltrò agnoscantur, & per eos quorum fideicommissa sunt præstentur. Nec quemadmodum aduersus heredes institutos & rogatos remedium proditum est, si neque adire hereditatem, neque restituere velint, vt & adire & restituere compellantur. Ita & contra fideicommissarios vllo omnino casu prouisum fuit vt ad hereditatis restitutionem petendam cogi possint, nec magis contrà seruos quàm contra liberos. Idque est quod Scæuola scribit in *d.l.si non lex.*§.1. Si seruus primo loco liber scriptus, nolit desiderare vt heres adeat hereditatem, quam suspectam dicit, posse alium seruum sequenti loco scriptum id desiderantem audiri. Planè non inficior seruum quo desiderante coactus sit heres adire ex quo instanti adita fuerit hereditas, sicut liberum statim, ita & necessarium fore fideicommissarium. At non eodem modo, nec eo sensu quo necessarius heres esset, si vel solus, vel primus fuisset institutus. Illo namque casu fuisset heres ipso iure, sicuti & liber. In hoc verò, liber quidem est ipso iure, sed non heredis loco est tanquam fideicommissarius, nisi post factam fideicommissi restitutionē. Præterquàm illo casu quo & ante restitutam hereditatem, & sine herede moriatur. Quod cùm euenit, perinde illius bona per creditores hereditarios vendi possunt, acsi aditæ hereditatis restitutionem ante obitum accepisset, *l.postulante* 44. *D.*

eod. Necessarius tamen fideicommissarius dici potest, quia vel inuitus restitutionem hereditatis accipere cogitur, nec ille tantùm, sed etiam illius heres, licèt de solo manumisso Senatusconsultum locutum sit, vt Marcellus tractat in *d.l.postulante.* Sed id fit non iure aliquo speciali in seruorum odium comparato, sed iure communi ex quo quisquis fideicommissariæ hereditatis obtinendæ gratia coegit heredem ad adeundum, recusare posteà nō potest quominùs ea hereditas vbi adita fuerit, sibi restituatur. Adeò vt si plures fuerint fideicommissarij, & vno solo postulante, coactio facta sit, in eum solum & in solidum actiones transeant qui coegit, *l.cogi 16.§.idē Macianus eod.* Proinde eadem hoc casu serui quæ liberi hominis fideicommissarij ratio est. Sed hæc ad Scæuolam adnotasse sufficiat, vt ad Caium & Tribonianum redeamus. Etsi namque iam satis superque probauimus Triboniani nō Caij responsum illud esse quod extat *in d.§.vlt.l.facta*, ne quis tamen de eo posthac dubitare probabiliter possit, indicandū à nobis est, quid Tribonianum fefellisse videatur. Solet enim ille non exemplo aliquo peccare, sed ex mendicatis exemplis, & Imperatorum rescriptis ad alias species quantūuis dissimiles accommodatis, peccādi occasionem magis quàm rationem quærere. Quod & in proposito factum ab eo fuisse coniicio ex rescripto Impp. Seueri & Antonini quod Vlpianus refert in *l.idem est 13.alias l.neque §.cum miles.de testa.milit.* Nam cùm miles in testamento suo libertatem seruo dedisset, eidémque & à primo & à secundo herede per fideicommissum hereditatem reliquisset, tum & primus heres & substitutus ante aditam hereditatem decessissent, rescriptū est ab Impp. non idcircò intestati exitū fecisse militem, sed perinde habendum esse acsi eidem seruo libertas simul & hereditas directò data esset, cùm negari non posset eam fuisse militis voluntatē, vt tam hereditas quàm libertas ad eum seruum perueniret. De illa namque voluntate enixa ex eo constabat, quod non tantùm à primo herede, sed etiā à secundo, id est, à substituto fideicommissariam hereditatem huic seruo miles reliquerat. Vt verò non tam ipsi seruo, id est, libertati, quàm militi testatori, & testamento subueniri ęquum esset, illa ratio faciebat, quod defunctis post testatorem heredibus vtrisque (vt ex eo apparet quod Vlp. ponit eos decessisse ante aditam hereditatem, siquidem viuo testatore, neque de adita, neque de adeunda hereditate tractari posset) nihil imputari poterat testatori, id est, cur testamentum non mutasset, directámque hereditatem pro fideicommissaria seruo dedisset. Qua ratione perinde admitterem rescripto locum esse debere, etsi heredes illi viuo testatore decessissent, dummodò eo ignorante, quia nec huic testatori quicquam imputari potest, cur seruum heredem non scripserit, qui nesciebat heredes scriptos decessisse. Nā si sciuisset aliud proculdubiò respondendum existimarem, neque paterer ad hunc casum porrigi auxilium noui rescripti, quod propriam & fauorabilē rationē illam vnā haberet, ne & serui libertas & militis testamentū intercideret ob casum inopinatum mortis contra quē testator satis à se prouisum crederet pluribus heredū gradibus adscriptis. Quidni enim mutauit miles testamentum, ex quo sciunt defunctos eos à quibus fideicommissariā libertatem seruo suo præstari voluerat? Si enim obiicias testatorem, pręsertim militē, cuius voluntas quæque testamentū est, vt ait *l. eius militis 34. in fi.D.eod.tit.* si testamentū mutare potuerit, nec voluerit videri cū eodē testamento decedere voluisse, atque ita testamentū prius, quamuis ruptum &
irritum

irritum factũ conualescere quasi ex noua volũtate, vt de militis filijfamilias capite minuti testamento scribit Marcianus in *l. miles filiusfam. ils.as* 22. iunct. *l. seq. & l. idémque erit* 9. *& l. in fraudem* 15. *eod. tit.* Respondebo tũ demùm id rectè dici posse, cum testamentũ vt conualescat & iure saltẽ militari valeat, nihil nisi nouam militis voluntatem requirit, non etiam nouam formã, diuersámque dispositionem, id est, vt dicam apertiùs, cùm testamentum tale est, quod si à moriente milite iisdem verbis, eodémque prorsus modo factũ esset, iure saltem militari valeret. In eo namque solo militis priuilegiũ versatur vt voluntas eius quælibet quantumuis iure destituta pro iusta & legitima habeatur, non etiam vt aliud sensisse & voluisse videatur, quàm quod dixerit, putà vt cui fideicommissariam libertatẽ ab herede suo dari voluit, ei directam ipse dedisse intelligatur. Voluntas siquidem militis vt & alterius cuiuslibet testatoris, non nisi ex testamenti verbis petenda est, ne alioqui facilè eueniat, non solùm vt in incerto semper vagari nos oporteat quoties inuestigabimus quid miles voluerit, sed etiam vt dum à testamenti verbis recedimus, pro voluntate militis tuenda in ipsam militis voluntatem offendamus: quod ne vnquam euenire possit, nullorum magis interest quàm ipsorum militum vt Traianus dicebat in eleganti illo rescripto, de quo in *l. Diuus Traianus* 24. *eod.* Atqui si miles resciens defunctos eos quos testamento heredes scripserat, expressim declarasset velle se cum eodem testamento decedere, aut quod idem esset, si ab iisdem personis iam mortuis eidem seruo directam quidem libertatem, sed tamen fideicommissariam dedisset, nemo diceret valere testamentum, siue communi iure, siue militari, quia fideicommissaria hereditas, neque directæ iure deberi posset, quę à sciẽte & ita volente, per fideicommissum relicta esset, neque à mortuo præstari qui iam nullus esset, *l. quidam referunt* 14. vers. *quia heres. D. de iur. codicill.* Neque fauor militiæ aut libertatis facere deberet, vt verba obliqua quæ testator sciẽs & prudens directis prætulisset, in sensu directo acciperẽtur. Alio certè rescripto in eam rem opus esset, quemadmodum eo quoque casu in quo & libertati & testamento subueniri æquum fuit, rescripti autoritatem interponi oportuit ad confirmandum testamentum, deficiente scilicet potestate priorum illarum constitutionum, quæ de militarium testamentorũ priuilegiis factæ fuerunt. Et sanè in testatore milite qui sciens ac prudens fideicommissum à mortuis heredibus reliquisset, non haberet locum ratio illa rescripti, *quæ vtraque ad eum peruenisse testatorem voluisse negari nõ potest.* Eiusmodi namque voluntas irrisoria potiùs quàm seria videretur. Sed etsi poneres ab hoc milite non directam libertatem, sed fideicommissariã seruo datã esse, non putarem rescripto locum fore, tametsi vel viuo & ignorante milite, vel post eius mortem omnes heredum gradus defecissent, quia longè facilius est vt ei cui directa libertas data est, hereditas quoque directò data intelligatur, quàm vt libertas fideicommissaria in directã conuertatur, quia nec fideicommissariæ libertatis fauor vllus est, nisi subsistente persona à qua præstari possit, vt præstetur ex testatoris voluntate, ex qua directarum quoque libertatum & ius & fauor pendet, quemadmodum Vlp. in Titulis scribit *tit. 1. §. vt testamẽto:* nec tã facilè potest lex aut Senatusconsultũ aut etiam Imperator fideicommissariam libertatem ac directam adiuuare: quãdoquidem directa ipso iure competit, si modò testamentum valeat ex eóque adeatur hereditas, fideicommissaria verò omnimodo præstanda est,

& quidem ab eo cuius fidei fuit commissa. Facere autem lex vel Imperator commodè potest, vt testamentum alioqui nullum sustineatur, quod vnum sufficit vt directa libertas competere possit. At non æquè vt is, qui iam mortuus est, seruum manumittat, nec rursus vt citra manumissionem liber fiat is cui testator directam libertatem non dedit. Quamuis directa libertate data, facilè flectatur fideicommissaria hereditas in directam, quasi in necessarium antecedens, quòd neque liber fieri possit is qui seruus fuit, si nemo heres sit, nec alius quàm ipse heres esse, institutis omnibus prædefunctis. Fuit autem in hanc rem necessaria autoritas rescripti, sicut & autoritas senatusconsulti in *d. l. si non lex. §. 1.* sed tamen diuersa ratione. Nam in casu senatusconsulti fuit succurrendum famæ & existimationi ciuis Romani, qui moriens non soluendo venditionis publicæ infamiam passurus erat, si eum saltem heredem non haberet, cui & directam libertatem & fideicommissariam hereditatem dedisset, herede instituto dicente suspectam. Hîc verò subueniendum fuit voluntati militis, non solùm quòd hac in re soleant milites fauorabiliores esse, verùm etiam ad repentini casus iniquitatem emẽdandam, vt loquitur *l. 3. C. de inoff. testam.* Nam ex ea causa interdum paganis quoque subueniri solet, vt in specie, *d. l. 3. l. vlt. D. de hered. inst.* Sunt qui addant speciem, *l. Titius 25. C. de liber. & posthum.* Sed malè. Ibi enim apertè Paulus respondet iure factam videri institutionem, nec proinde auxilio vllo indigere. Illud notari volo in casu rescripti de quo agimus, non tractari de eo milite qui fuerit non soluendo, sed indistinctè siue miles soluendo fuerit, siue non fuerit, rescripto locum esse debere ad voluntatem adiuuandam militis cui nihil imputari possit. Idque Vlpianus nòn obscurè demonstrat in *l. in fraudem 15. eod.* cùm ita scribit, *in fraudem planè creditorum, nec militem amplius quàm vnum necessarium facere posse*, vt doceat nullum militis priuilegium esse cùm agitur de libertatibus in fraudem creditorum datis. Etsi non parum mouere Imperatores illud potuit, vt in proposita specie militis testamento subuenirent, quod iam sub Hadriano fuerat à Senatu constitutum, vt ei quoque testatori licèt pagano subueniretur qui seruo libertatem directam, & hereditatem fideicommissariam dedisset, si heres institutus suspectam hereditatem adire recusaret. Indéque apparet etiam manifestiùs, quàm verum sit quod in superioribus docuimus, senatusconsulto locum esse non debere si cum hereditate libertas etiam ipsa per fideicommissum nõ directò relicta sit, quando nec militi eo casu subueniretur. Ei porrò quod dicimus singulari militum priuilegio potiùs quàm aut iuris ratione aliqua, aut aliorum priuilegiorum consequentia niti rescriptum hoc Imperatorũ, Consequens est, vt si de pagani testamento tractetur, aliud prorsus responderi oporteat. Cur enim de milite, aut Vlpianus tractaret, aut Imperatores rescripsissent, si in pagani testamento idem iuris constitutũ esse voluissent? *arg. l. centurio 15. de vulg. & pupill. subst. l. precibus 8. C. de impub. & aliis subst. l. in testamento 6. C. de testam. milit. l. qui non militabat 78. D. de hered. instit. cum similib.* Quod & distinctio illa probat, quæ ex Marciano ponitur in *l. seq. Tractabatur*, inquit lex, *an tale aliquid & in paganorum testamentis indulgendum esset. Et placet non sine distinctione hoc fieri, sed si quidem viuo testatore & sciente decessissent, nihil noui statuendum, si autem ignorante, aut post mortem eius, commodo subueniendum.* Non enim potuit scribi apertiùs differre hac parte testamenta militum & paganorum. Quanquam non satis possum
videre

videre in quo differẽtia sit aut quomodo explicari possit. Nam si dicas cùm Accursio, quod & Marciani verba præseferunt, militis testamentum valere indistinctè, pagani vero non nisi cum suprascripta distinctione, iam in contrarium diximus, nec militis quoque testamentum ex rescripto defendi posse si & viuo & sciente milite gradus omnes heredum extincti proponantur, non magis quàm si eo tempore quo moreretur miles, tale testamentũ condidisset. Rursum si nobiscum sentias eam distinctionem etiam in milite necessariam esse, Vtrum se viuo prædefunctos esse heredes suos sciuerit, vel ignorauerit, consequenter dicendum erit vel nullam inter paganorum & militum testamenta differentiam subesse, vel paganorum testamentis hac in re nullomodo nullóque casu subueniendum esse. In quam sane partem procliuior sum. Nam cùm non modò libertatis, sed etiam militiæ coniunctus fauor adeò nouum & extraordinarium rescripti auxilium extorserit, nulla ratio est cur homini pagano, præsertim qui soluendo sit nec herede necessario indigeat, subueniendum sit, tametsi nec in eo, qui soluendo non sit aliud admittendum esse existimemus. Alioquin eueniet absurdũ illud quod Accursius notandum putat, quasi singulare sit magis quam absurdum, vt valeat testamentum sine institutione, cõtra certissimas & manifestissimas iuris regulas quæ volunt heredis institutionem & caput & fundamentum esse cuiuslibet testamenti, *l.1. in fin. De vulg. & pupill. subst. l. vlt. D. de iur. codicill.* Sed neque in pagano sufficere potest ratio illa quam Vlpianus de militis testamento tractans probat *quòd & libertatem & hereditatem ad seruum peruenire testatorem voluisse negari non possit*, quæ tamen vt diximus sufficere potuit in milite adiecta rescripti autoritate, propterea quòd multò facilius militis quàm pagani voluntas, tum etiam cùm & iuris communis & ordinarij priuilegij auxilio destituta est, defendatur. Quare nec de illo dubito quin tota illa distinctio sub Marciani nomine tradita, potiùs sit Triboniani suo more distinguentis, iurisque rationem parũ curantis: quod & verba ipsa ni fallor innuunt, illa præsertim *si quidem, si autem omni modo, nihil noui statuendum, subueniendũ*, vt à nobis aliàs non vno loco indicatũ est. Nouam enim esse hanc distinctionẽ, id est ipsis quoq. prudentibus etiam post rescriptum incognitam id ipsum probat quod lex ait, in primo casu distinctionis nihil noui statuendũ esse. Cæterùm quàm diuersus sit casus huius rescripti ab illo, qui ex Caio tractatur in *d. l. facta §. vlt. ad Trebel.* non ex eo solùm constat quod rescriptum hoc ad militum duntaxat testamẽta pertinet, sed ex illo etiam quòd præmortuis heredibus omnibus & primis & secũdis, multò minùs offenditur ratio iuris & voluntatis cùm perinde habetur seruus cui & directa libertas & fideicommissaria hereditas data fuerat, acsi solus & primo loco & liber & heres directò scriptus esset. Siquidẽ media extranei heredis persona nulla est, quæ obstet, quomodo in specie *d. §. vlt. l. facta*, obstat Titius qui proponitur & institutus, & rogatus, & superstes. Vnde etiam fit vt in eadẽ specie obstet seruo senatusconsultũ, de quo in *d. l. si non lex §. 1.* cuius autoritas neque necessaria neq. vtilis videri poterat si seruus fideicommissarius, aut ex iuris ratione, aut ex supradicto Imperatorum rescripto, aut denique ex legis Æliæ Sentiæ sententia pro purè instituto haberi potuisset. In eoque noster etiam errauit Accurs. qui ad *d. l. tractabatur*, adfert quasi similem quæstionem illam *d. §. vlt.* quæ tamen omni ex parte dissimilis est. Illud vnum bene monet, etiam hodie post *l. pen. §. cum autem C. ad Trebell.*

necessarium esse auxilium rescripti, quamuis Iustinianus ea constitutione induxerit, vt citra restitutionem transeant actiones ex Trebelliano quoties heres rogatus ante aditam vel restitutam hereditatem sine successore decessit, quoniam ad hunc casum illa constitutio non pertinet, Vel ob id maxime quòd hic persona nulla est in quam actiones transire possint, cum seruum necesse sit ex seruo fieri liberum priusquàm fideicommissarius esse possit, liber autem fieri nequeat nisi adita demum hereditate *l. vnic.§.in nouissimo.C.de caduc.tollend.*

Ad l.si Titio & Mæuio 61. De legat.2. l. 1.§.vlt.de leg.3.l.2.§.vlt. D.de suis & legit.l.4.C.ad SC.Trebel.

CAPVT XIIII.

DEcepit nos persæpe Tribonianus vt & alios omnes quotquot vnquam fuere, perspicaciores quoque iuris interpretes, sed numquam callidiùs, quàm cùm illa quæstio à nobis tractata est lib. 4. cap. 13. An pars coheredis grauata legatis & fideicommissis adcresceret coheredi cum suo onere, an libera & immunis ab onere illo legatorum & fideicommissorum, ab eo coherede cuius pars deficeret relictorum. Scripsimus enim ita comparatum fuisse ius vetus etiam ante Seueri & Antonini constitutionem, de qua in *l.licèt 74.de legat.*1. quæ induxit vt legata & fideicōmissa ab institutis relicta à substitutis tacitè repetita intelligantur, vt coheredis portio adcresceret cum onere, scilicet si de testamentario coherede ageretur. In legitimo autem aliud obseruatum fuisse in id vsque tempus, quo ea Imperatorum constitutio fecit vt idem quoque ius in illo induci debuerit. Quam in sententiam mouebat me præcipuè quod scriptum videbā in *l. si Titio & Mæuio* 61. §. *Iulianus de legat.* 2. vbi Vlp. aperte scribit Iuliani sentētiam illam fuisse, vt si alter ex legitimis heredibus portionē suam repudiasset, cùm essent ab eo fideicommissa relicta, coheres eius fideicommissa præstare non cogeretur: Sed tamen, inquit ille, post rescriptum Seueri & Antonini quo fideicommissa ab instituto relicta à substitutis debentur, & hic quasi substitutus cum suo onere consequetur adcrescentē portionem. Quid enim scribi potuit apertius de iure quod & post Seueri rescriptum nunc obtinet, & ante rescriptum obtinebat, nec solùm in legitimis coheredibus sed etiam in testamentariis. Nam cur Iulianus de legitimo herede verbis disertis locutus fuisset, si non aliud in testamentariis existimasset? Cùmque substituto propiùs accedat coheres testamentarius, quàm legitimus, quia succedit ex voluntate expressa testatoris, nec alia ratione nitatur rescriptum Imperatorum quàm coniectura voluntatis defuncti, quid obstabat quominus in ea conjicienda idipsum sentirent Iureconsulti quod Imperatores? Atque ita tum ratiocinabar, Motus etiam ex *l. non iustam.* 4. *C. ad SC. Trebellian.* quæ rescriptum illud trahit à substitutis ad testamentarios coheredes vt legata & fideicommissa ab instituto coherede relicta ab alio coherede ad quem deficiens portio peruenerit, tanquam à substituto debeantur Nunc verò longè aliter sentio, neque dubito deficiētem portionē adcreuisse sine onere non solum ante rescriptū Seueri, sed etiā post rescriptū toto Pādectarū iure siue de testamentariis siue de legitimis coheredib. ageretur. Video.n. Iustin. in *l.vnic.§.pro secūdo & §.fin antè aliquid sub codicill.C.de caduc.tol.* vetus ius corrigēdo, vt ipse gloriatur,

hec

hoc ipsum sanxisse vt siue portio deficeret tanquam caduca, id est per mortem testatoris, siue tanquam in causa caduci, id est viuo testatore, vel remaneret penes eum à quo relicta esset, vel co heredi adcresceret cum onere, ratione illa æquitatis, quòd ferendus non sit qui lucrum amplectitur, onus autem lucro adnexum recusat. Aliter igitur comparatum ius vetus fuisse necesse est, quod fuit correctum, alioqui corrigi neque debuisset, neque potuisset, sicut nec correctum est in iis quæ pro non scriptis habebantur, quorum semper ea condicio & natura fuit, si Iustiniano ipsi credimus, vt penes heredem sine suo onere remanerent, quòd onus quoque perinde pro non scripto haberetur. Nisi perrarò, inquit Iustin. in *d. l. vnic. §. in primo.* Excipiẽdi enim sunt duo casus, de quibus in *l. vlt. D. de his quæ pro non script.* & in *l. cùm verò 26. §. si pro non scripto de fideic. libert.* Puto autem iure vetere maximè interfuisse quibus verbis legata aut fideicommissa ab eo relicta fuissent, cuius portio defecisset. Nam si nominatim relicta essent, puta à Titio, & Titius hereditariam portionem repudiasset, eáque ad Mæuium coheredem peruenisset, vtique fideicommissum Mæuius non debuisset. Ratio illa est quam Celsus tradit in *l. pater meus 29. §. quod alicuius de legat. 2.* quia quod heredis alicuius nominatim fidei cõmittitur, videatur testator ita demum dari voluisse si ille heres extitisset. Vnde fit quod ibidẽ Celsus subiicit, vt si filio heredi pars eius à quo nominatim legatum fuit, adcreuerit, nõ debeat filius præstare legatũ, quod nec alius quilibet coheres præstare deberet. Porrò nominatim relictum legatum vel fideicommissum intelligi tum debet, cùm & vnus ex coheredibus nomine proprio & solus grauatus fuit. Nam si à Titio & Mæuio heredibus institutis relicta fuerint decem Sempronio, licèt expressis nominibus propriis non appellatiuis, ita ius semper fuit vt Titio portionem suam repudiante Mæuius solus tota decem deberet, tanquã coniunctus in onere non minùs quàm in ipsa hereditate *l. quidam referunt 14. §. quòd si duo D. de iur. codicil. l. si duobus 16. §. heres. l. ciuitatibus 122. §. Lucius Titius de legat. 1. l. cogi 16. §. cum quidam D. ad SC. Trebel.* quomodo etiam accipiendum est, quod Papin. respondit in *l. cum pater 77. §. cùm pater de legat. 2.* Illa enim verba *eadémque prædia filio exheredato dari voluit* ostendunt potiùs relictum fuisse fideicommissum prædiorum ab heredibus omnibus sub nominibus appellatiuis, quàm à sola filia nominatim, à qua nec ita relinqui potuisset, cùm prædium esset hereditarium, ac proinde non de sola filiæ portione hereditaria præstari posset, sed de communi, vt idem Papin. loquitur in *dict. l. cum pater in princ.* & in *l. deducta 58. §. acceptis ad SC. Trebel.* Nec aliter, meo iudicio, accipienda est species illa quam Marcellus tractat in *l. cùm patronus 28. de legat. 2.* de fideicõmisso relicto à patrono ex debita parte instituto, quod licèt præstare ipse non cogatur, si tamẽ omiserit institutionẽ, ab iis qui partẽ illã vindicãt, præstandũ est, quoniã singulare ius patroni ad alium nequaquã debeat pertinere. Id. n. tum verè dicitur, cùm à patrono ex parte debita instituto, aliisq. coheredibus fideicõmissum relictũ fuit, siue sub propriis nominibus, siue sub appellatiuis, non etiam si à patrono nominatim, nisi ponas subiectã clausulam generalem quæ olim vulgò in testamentis adiici solebat, (vix tamẽ post legata & fideicõmissa nominatim ab aliquo ex heredib. relicta) *Quisquis mihi heres erit*, cuius vis & potestas illa erat, vt quisquis heres esset, & in quocũq. gradu illa etiã legata, & fideicõmissa omnia deberet quæ vel à coherede, vel a priore gradu relicta essent

*d.§.quod si duo l.*14.*De iur. codicill.* & in *l.* 3. *eod. tit. l.*1.*§. id quod ex substitutione. D. ad leg.falcid. d.l.si Titio & Mæuio* 61. *in princip. De legat.* 2. vbi Vlpianus scribit, Si Titio & Mæuio heredibus institutis, qui quadringenta relinquebat à Titio ducenta legauerit, & quisquis heres esset, centum, neque Mæuius hereditatem adierit, Titium trecenta debiturum: Scilicet ducenta propter legatum à se nominatim relictum, & centum partim pro sua parte, partim pro adcrescente coheredis portione. Ex quo responso apparet non obscurè quantum interesse Vlpianus putauerit an ab vno ex coheredibus legatum sit nominatim, an iis verbis, *Quisquis mihi heres erit.* Nam si in proposita specie nominatim à Mæuio legata fuissent quinquaginta, nō additis verbis supradictis, vtique Titius non nisi ducenta & quinquaginta deberet, vt nec nisi centum si alia centū à solo Mæuio nominatim data proponerentur. Alioqui non erat cur Vlpianus ita loqueretur *& quisquis heres esset, centum*, sed quemadmodum posuerat à Titio legata ducenta, ita ponere debuerat legata à Mæuio centum aut saltem quinquaginta, si perinde futurum erat vt omni casu a Titio trecenta præstanda essent, sicut & omni casu euenit vt tota hereditas ad solum Titium deuoluatur. Distinctio enim illa, vtrum & quantum ex sua, aut ex coheredis persona, præstare Titius debeat parum refert, nec de illo quærit Vlpianus, sed quantum legatario debeatur, solo Titio herede existente. In cóque puto valde hallucinatum Accursium, qui proposita quæstione, quid è contrario respondēdum fuerit si non Titius, sed Mæuius adiisset. Respondet intrepidè, dicendum idem fore, scilicet vt Mæuius in tota trecenta teneretur, sed in quinquaginta iure suo, aut, vt potius loqui debuit, ex propria persona, in residuum verò propter adcrescentem partem Titij coheredis, mihi enim contra videtur, Repudiante Titio Mæuium ducenta illa non debiturum, quæ à Titio relicta fuerant nominatim, sed centum duntaxat tam ex sua quàm ex coheredis sui persona, propter illa verba, *quisquis mihi heres erit*, inspecto nimirum iure Pandectarum. Nam quod ad ius nouum spectat conuenit mihi cum Accursio, tota trecenta deberi ex Iustiniani constitutione. Sed de iure vetere tractamus, vt quid suis responsis Iureconsulti senserint, assequamur. Neque verò Accursius ipse dubitat quin hac in re ius vetus fuerit abrogatum, vt ex iis videre est quæ Azonem secutus ille tradit ad *dict. l. pater. §. vltim.* Sed in eo tamen non tam erat quàm decipitur, in quo & nos ante hunc diem, decepti sumus, quod existimat abrogatum fuisse ius vetus, quod ad rem hanc attinet per Seueri rescriptum illud de quo in *d.l. licet*, cùm tamen nihil prorsus immutatum fuerit ante nouam Iustiniani constitutionem in *d.l. vnic. C.de caduc. tollend.* Rescripto namque Seueri & Antonini aliud nihil cautum est, nisi vt legata & fideicommissa ab instituto relicta, tacitè à substituto repetita intelligantur, ideóque debeantur quæ anteà non aliter debebantur quàm si expressim repetita essent, *dict. l. quidam.* 14. *De iure codicill.l.seruo alieno* 113.*§.si ab impubere De legat.*1. si ex aliqua coniectura euidens videretur voluntas testatoris vt à substituto quoque præstarentur, puta si extraneo herede instituto, & extraneo etiam substituto, prædia quæ qui libertis reliquisset cùm institutus moreretur, ne ex nomine familiæ alienarentur, petiisset, vt in specie de qua Papin. in *dict. l.cùm pater §. ab instituto de legat* 2. Rescriptum enim non nisi in obscura testatoris voluntate locum habet vt Vlp. concludit in *dict. l. licet, in fi. possúntq. peti exēpla ex*

l.ab

l.ab exheredati 126.*§.vlt. de leg.*1.*l.debitor.*82.*§.*1 *de legat.*2. At de coheredibus siue testamentariis siue legitimis nihil eo rescripto constitutum fuit, nisi per interpretationem velis extendere ad coheredes quod de substitutis cautum est, eo colore quòd cum coheredis portio deficiẽs coheredi etiam inuito adcrescat, videatur coheres quilibet in coheredis portione quodammodo tacite substitutus, *dict. l. si Titio §. Iulianus & dict. l. non infrain.* Sed tamen hoc ipsum est quod ego mihi persuadere non possum vt coheres siue testamentarius siue legitimus ille sit, pro substituto habeatur. Nemo enim nescit quàm dissimile sit ius adcrescendi, distinctúmque à iure substitutionis. In eo præsertim quod ius adcrescendi competit etiam inuito, Ius verò substitutionis non nisi volenti. Ex qua differentia etiam illa nascitur, quod ius adcrescendi transmittitur ad heredem, At ius substitutionis non item, *l. si ex pluribus* 9. *D. de suis & legit.* iunct. *l. cum liberis* 8.*§. vlt. De vulg. & pupil. subst. l. toties.* 81. *De acquir. hered.* Quarum differentiarum, aut nulla, aut certè perobscura esset ratio, si ius adcrescendi tacitæ quoque substitutionis iure censeri posset. Sed & illud constat, frequentissimum olim illud fuisse vt coheres coheredi etiam vulgariter substitueretur, id est in eum quoque casum quo citra substitutionem adcrescendi ius locum habere potuisset, vt in *dict. l. si ex pluribus*, vers. *alia causa est instituti heredis & coheredi substituti l. coheredi* 41. *in princip. §. qui discretæ. §. qui patrem & §. coheres & pass. De vulgar. & pupill. substitut. l.* 1. *§. id quod ex substitutione. D. ad leg. falcid.* Hoc ipsum verò cur ita, si nulla quoque facta substitutione coheres in deficiente coheredis portione pro tacite substituto habendus fuisset? Imò fiebant huiusmodi substitutiones, vt si coheres idémque substitutus à sua portione adeunda exclusus esset vel tempore vel repudiatione aut alia de causa si qua esse poterat, hereditatem ex substitutione adire posset, in summa vt electionem haberet vtro iure mallet succedere an institutionis an substitutionis: vel ob id maximè quod fieri poterat, vt institutio magis quàm substitutio grauata reperiretur. Vnde illa quoque distinctio, An pars onerata adcrescat non oneratæ, vel contrà, pars quæ onerata non est, oneratæ. De qua scripsimus ad *dict. §. id quod ex substitutione dict. cap.* 13. *lib.* 4. Non igitur dici potest, rescriptum Seueri de substitutis duntaxat locutum sola prudentum interpretatione ac citra alterius rescripti autoritatem ad coheredes extendi debuisse. Quidni enim testator coheredes inuicem substituisset si substitutos eos voluisset? An non id facere tribus illis verbis poterat *eósque inuicem substituo*? Quod si in testamentariis quoque heredibus hoc verè dicitur, an non multò veriùs in legitimis? Legitimi enim non solùm expressim substituti non sunt, sed nec, quod magis est, substitui possunt, cùm ab intestato vulgaris substitutio non magis quàm institutio fieri possit, siquidem & ipsa nihil aliud est quàm institutio vel secunda, vel secundi heredis, vt Caius in Institut. diffinit. Quod igitur expressè fieri non potest, cur aut quomodo tacitè factum fuisse interpretabimur? Nec est, quòd quis dicat Patremfamilias qui cùm facere testamentum posset mori maluit intestatus hoc ipso tacitè instituisse videri eos qui mortis tempore proximiores futuri sint in causa successionis, & ab intestato successuri, *dict. l.* 3. *l. conficiuntur.* 8. *in princip. D. de iur. codicill.* Et consequenter si plures, quòd in eodem gradu constituti sint, legitimi coheredes reperiantur, perinde vi-

deri eosdem substituisse inuicem acsi expressim essent instituti. Neganda enim est consecutio, quia non eadem hac parte primæ institutionis & secundæ ratio est. Prima institutio quominus tacitè facta intelligatur patrefamilias intestato moriente, nihil impedit, quia medium nullum est inter successionem intestati, & primi heredis institutionē, cùm fieri nequeat vt non moriatur testatus aut intestatus, quisquis testamenti faciendi ius habet. At inter legitimam successionem & substitutionem testamentarium medium illud est primæ institutionis sine qua fieri non potest vt ad secundam perueniatur, non magis quàm vt à substitutione incipiat testamentum quin substitutio euadat in institutionem, vt in *l. si is qui soluendo 57. D. de hered. instit. l. cùm ex filio 39. §. vlt. De vulg. & pupill. subst.* Proinde si prima institutio nulla sit expressa, fieri nullomodo potest vt tacitā vllam substitutionem continere videatur. Tacitū enim illud dicitur, quod in expresso continetur vi ipsa & tacito intellectu, & quod colligitur ex expresso: siquidem tacitum ex tacito quod substantiam propriam nullam habet, colligi aut inferri nunquam possit. Alioqui paulatim dici incipiet, Si pater duobus impuberibus ab intestato heredibus relictis decesserit, habēdos eos esse pro tacitè pupillariter substitutis, tanquam tacitè vulgariter substitutos, cum ex Diui Marci constitutione substitutio in alterum casum facta inter impuberes, in vtrumque facta intelligatur vulg. *l. iam hoc iure 4. D. de vulg. & pupill. subst.* quod tamen nemo vnquam dixit, nec nisi perridiculè dicere quisquam possit. Expressam enim esse vulgarem substitutionem necesse est, vt eam pupillarem contineat, quam vulgares interpretes tacitam vocant. Alij elegantius, à lege subintellectam. Similiter dicendum est tacitè substitutos haberi non posse coheredes qui non sint expressè instituti, quamuis qui non sunt expressè scripti habendi sint pro tacitè institutis. Proceditque ratio hæc ita etiam præsupposito iure vt qui sunt expressè instituti tacitè inuicem substituti intelligantur, quod nos iam negauimus, nec posthac vnquam concedemus. Illud longè probabilius defendi posset, eos quibus secundo gradu legitima hereditas deferatur, pro substitutis haberi oportere, cùm substitutio expressa ex secundo gradu æstimetur, ideóque & ad hunc casum extendi rescriptum Seueri debuisse. Quomodo ratiocinati sumus lib. 4. cap. 15. cùm tractauimus de emendatione *§. vlt. l. 1. de leg. 3.* & negationem eam sustulimus, quæ erat in verbis illis *fideicommissum non debere.* Cuius emendationis neque nunc nos pudet. Sed vereor iam ne Tribonianum potiùs quàm Vlpianum cuius ea lex est emendasse videamur. Obseruo enim quod nondum obseruaram, non potuisse Vlpiani temporibus de specie ibi proposita disputari, quia cùm iuris veteris ratio prohiberet ne qua in agnatis esset successio ante nouam Iustiniani constitutionē de qua in *§. placebat Instit. de legit. agnat. success.* sicut nec in suis *l. 1. §. sciendum. D. de suis & legit.* fieri non poterat, vt repudiante primi gradus agnato à quo fideicōmissum relictum fuerat successio ad sequentē gradum deuolueretur. Id enim erat, In suis & agnatis successionem non esse, vt quamuis proximus ad hereditatē inuitatus, aut spreuisset hereditatē aut ante aditā eam decessisset, nihilomagis legitimo iure sequētes admitteretur, quemadmodū explicat Tribon. in *d. §. placebat* & Vlp. in *d. §. sciēdū*, quoniam scil. potestas legis in successione legitima siue suo siue agnato proximo deferēda, vnico actu, & vnica delatione cōsumebatur. Nō ignoro quod subiicit Trib. in *d. §. placebat*, eā iuris ciuilis asperitatē

hactenus

hactenus iure prætorio temperatam & emendatam fuisse vt qui tanquam agnati admitti non poterant, admitterentur tanquam cognati. Sed non patiuntur hanc interpretationem verba illa Vlpiani *si illo repudiante ad sequentem gradum deuoluta sit successio*: nec enim ad sequentem gradum deuoluta dici posset successio nisi quæ priori gradui competiisset, ac proinde legitima non prætoria & honoraria. Plane si illa deessent *illo repudiante*, posset locus fieri quæstioni, an sequentis gradus agnatus fideicommissum deberet quod relictum esset à primi gradus agnato, siue ante testatorẽ, siue post testatorem quidem, sed tamen ante delatam hereditatẽ defuncto. Nam & interdum id euenire potest, vt in specie *d. §. sciendum l. si quis filio* 6. *de iniust. rupt. l. scripto* 7. *D. vnd. liber.* Neque enim potestas legis hereditatem deferẽtis priùs consumi potest quàm per ipsam hereditas deferatur, quæ porrò viuentis hominis sicut nulla est, ita nec deferri potest *l. 1. D. de hered. vel act. vend. l. donari* 29. *alias l. quidam §. donationem D. de donat.* At vt primo gradu repudiante ad sequentem successio deuolueretur, fieri nullomodo poterat Vlpiani temporibus, quia nec repudiari successio potest priusquàm sit delata *l. nec ei* 17. *in fin. cum l. seq. l. sed* 77. *& pass. D. de acquir. hered. l. 1. §. de eo talis D. de success. edict.* Neque proinde quæstioni locus relinquebatur, an fideicommissum à primo gradu relictum à sequenti deberetur. Ergo nec illud explicari commodè potest quod sequitur in *d. l. vlt. & ita Imperator noster rescripsit.* siquidem, vt dixi, primus Imp. Iustinianus fuit qui in agnatorũ successionibus successionem induxit. Quod cùm ita sit illud vnum dicendũ superest, vt ea quæstio Triboniani sit, leges veteres pro suo more ad ius nouum accommodantis, rescriptúmq. Imp. Seueri quẽ Vlpianus Imperatorem suũ solet dicere ad hũc quoque casum extendẽtis, vt legitimus quoque substitutus, si sic dicere liceat, perinde obligetur fideicommissis à primo gradu legitimorũ heredũ relictis, acsi per testamentũ esset expressim substitutus. Quominùs dubitandum est quin sublata negatione Tribonianus scripserit agnatũ sequentis gradus fideicõmissum debere. Id. n. consentaneũ erat alteri eiusdem Iustiniani constitutioni in *d. l. vnic. C. de caduc. tollend.* quæ extra causam eorũ quæ pro nõ scriptis habẽtur, vt diximus, constituit generaliter vt sentire onus debeat quisquis lucrũ sentit. Vnde fit etiam mihi verisimile verba illa postrema *§. vlt. l. 2. D. de suis & legit. cum onere fideicommissi*, quæ nos delẽda esse probauimus lib. 6. cap. 14. ab eodẽ Triboniano potiùs quàm ab alio vllo interprete addita fuisse. Adeò sibi placuit ille in iure vetere quod ad hãc rẽ pertinet, etiã per iniuriã corrigendo. Cæterùm quamuis poneres ita cõparatum fuisse ius vetus, vt fideicõmissum à primo gradu legitimo relictũ à sequenti gradu tanquam à substituto saltem post rescriptũ Seueri præstandũ esset, ac in necessariũ antecedens vt legitima successio à primo gradu ad secundum ex repudiatione deuolui posset, nunquam tamen admitterem consequẽs fore vt perinde coheres legitimus coheredi tacitè substitutus intelligi deberet: illud verò multò minùs vt id Seueri rescriptũ ad eũ quoque quasi substitutũ protraheretur. Itaque, vt liberè dicã quod sentio non puto dubitandũ quin Triboniani sit tota illa clausula *d. §. Iulianus, Sed post rescriptum Seueri quo fideicommissa ab instituto relicta à substituto debentur, & hic quasi tacite substitutus cũ suo onere cõsequetur adcrescentẽ portionẽ.* Cui adnotationi, vt via strueretur, necesse fuit in prçcedẽtib. ita scribere *Iulianus qui dẽ scribit* adiecta dictione illa *quidẽ* Triboniano nostro tãtoperè familiari,

Ab Vlpiano enim fuisse illam interiectam non puto, sicut nec Iuliani sententiam notatam, nec denique Seuerum Imperatorem adeò ieiunè proprio nomine ac fine vlla honoris præfatione nuncupatum fuisse. Inspectione tamen dignum illud est, cur Iulianus de legitimis heredibus f.erit locutus, an quod in testamentariis aliter existimaret, vt nobis aliquando videbatur? Minimè, si non Vlpianus à Iuliano ea in re dissentiit, quemadmodum iam à nobis comprobatum est ex princip. eiusdem legis. Sed quia in testamentariis distinguendum esset, an expressim substituti essent nécne, vt alia quoque distinctio induceretur, an à substitutione fideicommissa repetita essent an non. Vtrumque enim facto testamento frequentissimum erat vt & coheres coheredi vulgariter substitueretur, & à substituto legata fideicommissáque omnia repeterentur. Quibus distinctionibus locus nullus relinquebatur mortuo patrefamilias intestato pluribus legitimis heredibus relictis: cùm in codicillis aliáve vlla scriptura ad intestati successionem pertinente fieri substitutio vulgaris & directa non posset *l. Seruo la 76. D. ad S C. Trebel. §. vlt. Inst. de codicill.* Ideóque in legitimis heredibus verum fuit indistinctè Iuliani & Vlpiani temporibus, adcrescentem coheredis portionem sine onere ad coheredem pertinuisse, tantùm abest vt verum esse potuerit quod Tribonianus credidit, legitimos coheredes pro tacitè inuicem substitutis haberi debuisse, qui nec expressim substitui potuissent. Quid ergo respondebimus ad *d. l. non iniustam 4. C. ad S C. Trebel.* Is enim locus vnus est quo apertissimè probari videtur coheredes testamentarios inuicem tacitè substitutos videri, ob idque rescriptum Seueri de tacita legatorum & fideicommissorum repetitione ad illos etiam pertinere. Dicendum est, necessariò fuisse in illa specie coheredes inuicem expr. ssim substitutos, non illa solùm coniectura quod eiusmodi substitutio, vt diximus, vulgò fieri soleret, sed verbis quoque legis ita suadentibus. Siquidem non alia ratio adfertur, quàm quod Diuo Antonino placuerit deberi etiam à substitutis fideicommissum contēplatione iudicii testatoris, quasi tacitè ab iis repetitum. Quæ ratio prorsus inepta esset ac incongruens, si non expressim coheredes fuissent substituti: priúsque erat vt lex diceret habendos eos pro tacitè substitutis, quàm vt rescriptum de substitutis factum ad coheredes accommodaret, aut saltem sic concipienda erat ratio, vt de coheredibus esset tanquam tacitè substitutis, non de substitutis simpliciter. Sed absurdum sanè fuisset ita rescribi ab Imperatoribus vt tacitè repetita viderentur legata & fideicommissa etiam ab eo qui non nisi tacitè quoque fuisset substitutus: neque possum videre cur non de coheredibus quoque perinde ac de substitutis Antoninus rescripturus fuerit, si ad coheredes quoque rescriptum suum pertinere voluisset. Erat enim multò frequentius adcrescendi ius quàm substitutionis, cùm & tacitum esset & necessarium ex sola legis potestate, ideóque nec minùs rescripti auxilium merebatur, si testatoris voluntas præsumpta coheredi æquè ac substituto nocuisset. Substituto namque subintrante locum & gradum eius à quo nominatim legata vel fideicommissa relicta fuerant, vix erat vt non videri deberet ea fuisse testatoris voluntas ne melioris esset condicionis substitutus quàm institutus, etsi ante rescriptum Seueri non ita respondere Iureconsulti potuissent, ne quidem ex coniectura subobscuræ voluntatis, quoniam suppletione aliqua in eam rem opus erat, nec sola interpretatio sufficiebat. Prudentum verò munus erat, vt sæpiùs diximus

diximus, interpretari non supplere. Adeò vt etiam hodie post rescriptũ Seueri accidat sæpenumerò vt legata ab instituto relicta à substituto non debeantur propter contrarias voluntatis coniecturas, vt Vlpianus tractat in *d. l. licèt Imperator, 74. de legat. 1.* quò etiam pertinet elegans illa species quam Paulus tractat in *l. Latinus Largus 83. de legat. 2.* vbi non de illo quæritur, An coheredi adcrescat portio coheredis cum onere, sed an patronus tanquam substitutus ex persona ancillarum debeat fideicommissum ancillis ipsis relictum, hoc modo, *cùm ipsæ manumissæ essent.* Placet autem non videri repetitum fideicommissum, quia ipsæ fideicommissariæ fuerant substitutæ, nec in parte, sed in totum, qui vnus est ex casibus exceptis, de quibus in *d. l. licèt.* At in coheredibus quamuis testamentariis non idem tractari potest, quia coheres cum adcrescendi iure consequitur deficientem coheredis portionem non subintrat locum coheredis, at ne quidem ex voluntate testatoris succedit in ea portione, sed sola legis potestate fit vt & ei inuito, & quod magis est, ipso etiã inuito testatore, si fortè contra leges adcrescendi ius prohibere voluisset, deficiens portio adcrescat. Non enim potest adcrescendi ius à testatore prohiberi, vt docuimus in Decadibus. Neque rursum in coherede, siue testamentario, siue legitimo locum habet ratio illa quæ Tribonianum perpetuò mouit quod ferendus non sit is qui lucrum amplectitur, onus autem recusat. Siquidem lucrum illud portionis deficientis tale est, vt etiam inuito eo heredi acquiratur, quod de substituto non æquè dici potest qui imputare sibi debet, cur substitutionem agnouerit, si onus subire nolebat. Proinde nulla ratio est, cur dicamus ex tacita testantis voluntate debere illum legata & fideicommissa quæ testator à coherede nominatim reliquerat, si non fuerit expressim substitutus, vt in *d. l. 1. §. id quod ex substitutione D. ad leg. Falcid.* Nec illa solùm ratione quam suprà ex Celso attulimus in *dict. l. 29. §. quod alicuius de leg. 2.* quod qui vnum ex suis heredibus nominatim grauat, non aliter videatur præstari voluisse legatum vel fideicommissum, quàm si ille heres extitisset (quæ etiam post rescriptum Seueri in coherede vera fuit, non etiam in substituto.) Verùm etiam quia ex lege, vt dixi, magis quàm ex testatoris iudicio succeditur, per ius adcrescendi, tum quoque cùm ius illud à testatore prohibitum nõ fuit, Neque in eo vlla fit iniuria voluntati testatoris, qui coheredem coheredi substituere poterat si voluisset. Potéstque illi imputari cur non fecerit, tum etiam cùm constat eum voluisse. Substitutionem enim vulgarem tacitam prudentes nullam agnoscunt, nisi quæ ex Marci constitutione inducta est, & de qua in *d. l. iam hoc iure 4. de vulg. & pup. substit.* Nã & similiter dicimus eum qui fit coheres præter mentem testatoris, ac proinde ab intestato, nullam partem debere eorum quæ testator voluerat præstari ab illo quem sibi solum successurũ sperabat, quia succedit suo iure non ex iudicio testatoris, *l. qui graui 1. cũ duab. seqq. l. pen. D. de iur. codicill. l. cùm pater 77. §. cùm existimaret de leg. 2.* Sed & in specie *d. l. 4. C. ad Treb.* fuisse coheredes testamentarios inuicem expressim substitutos, coniici potest ex illis verbis legis, *vt ad aliũ nepotem eundémque coheredẽ deuoluatur portio.* Deuolui enim propriè dicitur portio quę ex substitutione acquiritur, quoniã substitutio, vt dixi, ex secũdo gradu delationis æstimatur, nõ etiã quæ per ius adcrescẽdi, cùm portio adcrescat portioni non personæ, *l. si Titio 33. §. 1. D. de vsufr.* nec proinde ad personã deuoluatur, si hoc quoque sensu eo verbo vti voles, sed ad por-

tionem. Illa igitur dubitandi ratio erat in *d.l.4.* non quod rescriptum Seueri de substitutis duntaxat non etiam de coheredibus locutum fuisset, coheredes autem expressim substituti non fuissent, sed vt ipsa lex ait, quod à coherede eodémque substituto non fuissent nominatim repetita legata vel fideicommissa quæ à coherede nominatim fuerant relicta. Sed non fuit necessaria expressa repetitio, sufficiente tacita post rescriptum. Fuit tantũ necessaria substitutionis expressio, de qua tamen si quis miretur nihil disertis verbis expressum fuisse in *d.l.4.* cogitare is debebit in plerisque aliis legibus Codicis idem vsuuenire vt multa in facto supplenda sint quæ quòd in precibus expressa essent, in rescripto frustra fuissent repetita. Quanquã & ex ipsis verbis legis quæ nos in hanc rem ponderauimus, non obscurè probari posse videtur fuisse in illa specie expressam substitutionẽ. In eóq; nos etiam errauimus, cùm eã legẽ interpretati sumus lib.6.tit.14. Cętera enim quę ad eam legem pertinent videmur nobis eo loco non infeliciter explicasse.

Emendatio l.pater meus 29.§.vlt.de legat.2 & retractata quæstio l.1. §.quod ex substitutione & §.si coheredis ad leg. Falcid.

CAP. XV.

HIc quoque locus nostra non tantùm interpretatione, sed etiã manu indiget, vt explicari possit. Nec enim hactenus fuit qui benè explicuerit, *si filio heredi*, inquit Celsus, *pars eius à quo nominatim legatum est, adcrescit, non præstabit legatũ quod iure antiquo capit.* Videtur hoc consequẽs ei sententiæ quæ pręcedit in §. *quod alicuius*, vbi generaliter scriptum est, Quod alicuius heredi nominatim fideicommittitur, posse videri testatorem ita demũ dari voluisse, si ille heres extitisset. Ad eorũ legatorũ & fideicommissariorũ differẽtiã, quę nõ ab vno ex heredibus nominatim relicta essent, sed ab ipsa, vt ita dicã, portione, his verbis, *Quisquis mihi heres erit*, quomodo & cęteri quoq; Iureconsulti distinxerũt, *l.si Titio & Mæuio 61.in princ.* de qua proximo cap. diximus, *eod.tit.l.1.§.id quod ex substitutione. D.ad leg.Falcid.l.quidã referunt 14.§.vlt.D.de iur. codicill.* Sed illud primùm obscurũ est cur de filio herede Celsus separatim tractet, si alterius cuiuslibet heredis eandẽ debere rationẽ esse existimauit. Nam quod Accursius tentat maiorẽ dubitandi rationẽ fuisse in filio, quasi qui patris votũ magis adimplere debuisset, non videtur probabile, cùm neque tanquã heres, neque tanquam filius durioris condicionis esse debeat quàm alius quilibet heres. Nobis aliquando placebat intelligendum esse locũ hunc de portione coheredis facta caduca non de repudiata, propter ea verba, *quod iure antiquo capit*, quasi referenda ad legem Papiam de caducis, quæ ius antiquum seruauerat liberis vsque ad tertium gradum, *l. vnic.§.1.C.de caduc. tollend.* Hoc sensu, vt portio defecta post testatoris mortem ante apertas tabulas adcresceret filio coheredi cum legato, quia nisi iure antiquo id caperet, legatum fieret caducum sicut & hereditas, atque ita nihil interesse legatarij videretur. Sed me nunc ab hac interpretatione illud reuocat, quod longè aliud est filiũ capere iure adcrescendi deficientem portionem coheredis. Aliud verò capere legatum quo deficiens portio fuit onerata. Capit equidem portionem deficientẽ iure antiquo, id est, iure adcrescendi quod descendit ex lege duodecim

cim tabularum, saltem per prudentum interpretationem, & quidem nil obstante lege Papia, quæ liberis ad tertium vsque gradum imponere suum iugum erubuit, vt Iustin. loquitur in *d. l. vnic.* Sed non capit legatum quod non sibi, sed alij fuerat relictum. Puto igitur probabiliùs dici posse, tractari à Celso speciem illam in qua duo filiifamilias à patre fuerint ex semissibus instituti, à quorum altero nominatim fuerit legatum extraneo. Nam si filio heredi pars eius, supple filij (nam & rarius est vt filio heredi scripto, extranea persona misceatur, etsi fieri interdũ potest, *l. si is qui 13. §. vlt. D. de reb. dub.*) à quo nominatim legatum est, adcrescat, eo scilicet abstinente, non debetur legatum ab alio filio cui portio adcrescit, tametsi videatur heres extitisse, is etiam qui se abstinuit, cùm dici soleat non esse sine herede illum, qui suũ heredem habet, quamuis se abstinentem, *l. necessarijs 57. D. de acquir. hered. l. 1. §. qui sunt in potestate. D. si quis omiss. caus. testam. l. cùm quasi 30. §. sed etsi suus. D. de fideic. libert.* quia nimirùm cùm post abstentionem heredis loco à prætore non habeatur, *dict. l. si necessarijs. l. si filius 12. D. de interrog. in iure fac.* non potest dici talis heres qualem eum fore pater sperauit & voluit, cùm ab eo nominatim legauit. Et ideò perinde est ex testatoris voluntate, acsi nullomodo heres esset, vt non debeat filius coheres, quod non deberet si æquè nominatim ab alio coherede extraneo relictum fuisset. Idémque multò magis probandum est, si ponas eum ex filiis à quo nominatim legatum sit, institutum fuisse sub condicione, vt vocant, potestatiua. Hic enim rectiùs comparabitur extraneo, cùm ante impletam condicionem non sit heres, nec ciuili iure, nec prætorio, *l. 4. D. de hered. instit. l. 4. C. de inst. & subst.* Itaque nec dubitandi ratio hoc casu illa est, quam esse diximus, filio abstinente. Sed illa tamen difficultas adhuc superest quid sibi velint verba illa, *quod iure antiquo capit.* Accursius suauiter, & subtiliter, si diis placet, interpretatur, *capit*, id est, *caperet de iure antiquo, id est, ex lege duodecim tabularum si nemo esset institutus*, ac proinde ab intestato. Secundum quam interpretationem verum est legatum non capere filium, quem capere lex ait. Imò nec capere posse ab intestato, quandoquidem, vt idem Accursius subiicit, fieri non potest, vt filius qui patri heres extitit, suam portionem habeat iure institutionis, adcrescentem verò ab intestato, cùm ita fieret vt pro parte testatus pro parte intestatus pater decessisse intelligeretur. Quare confugit ille ad aliam interpretationem, & ait verbum *capit*, accipi propriè in sensu modi indicatiui, quia filius hic heres capit iure antiquo quod capit ex testamento, quia capit ex lege duodecim tabularum quæ confirmat testamentarias successiones, *l. lege obuenire 130. de verb. signif. l. quoties duplici 91. de regul. iur.* Quibus verbis videtur significare, filium hunc iure antiquo capere institutionem, id est, portionem ex qua fuit institutus, quam quæ adcrescit ei à fratre coherede, quod vtramque habeat tanquam heres & ex testamento. Atqui Celsus non de institutione loquitur, sed de legato, cùm ita scribit, *non præstabit legatum quod iure antiquo capit.* Alia igitur interpretatio quærenda est, quia licèt legata quoque per legem duodecim tabularum non minùs quàm hereditates testamentariæ confirmentur, *l. verbis legis 120. de verb. signif.* non tamen potest videri legatum capi ab eo cui portio deficiens aut repudiata adcrescit sine onere legati. Capit enim ille hereditatem nõ legatum. Adeò vt etiamsi legatũ ipsi esset, legatum tamen valere non posset, pro qua parte illi à seipso legatum

fuisset, *l. & quidem totum* 18. *l. legatum est delibatio* 116. *§*. 1. iunct. *l. plane* 34. *§. si duobus de legat*. 1. Ergo nulla ex parte valeret si per coheredis repudiationē tota hereditas ad eum peruenisset, quemadmodum è contrario si legatarius idémque coheres portionem suam repudiaret, totum legatum consequeretur, quia eo casu totum caperet à coherede nullam partem à semetipso, *d. l. & quidem totum l. in quartam* 91. *D. ad leg. Falcid*. Puto ego subesse mendum in verbo *capit*, potiúsque legendum *cadit*. Sensum autem hunc esse, vt filius idémque coheres fratris se abstinentis, licèt iure adcrescendi consequatur deficienter portionem, non tamen debere legatum, quod à fratre nominatim fuerat relictum, quia id iure antiquo cadit, id est, intercidit, siue defecta, siue repudiata portione, quæ fuerat grauata. Cur verò cadit? Nimirum quia vacans portio pertinet sine onere ad coheredem. Iure antiquo, id est, quod obtinuit à primis ipsis temporibus legis 12. tab. & ad eam adhibitæ prudentum interpretationis, non solum vsque ad rescriptum Seueri, vt Azo & Accursius interpretati sunt, decepti ex *l. si Titio & Mæuio* 61. *§. Iulianus de leg*. 2. de qua proximo capite scripsimus, sed vsque ad tempora Iustiniani, qui primus constituit in *d. l. vnic. C. de caduc. tol. end*. vt non modò quæ sunt in causa caduci, id est, quæ viuo testatore deficiunt, sed etiam caduca omnia (quo nomine continebantur olim quæcunque mortuo testatore, siue ante apertas tabulas, siue posteà deficerent, putà pendente aut defecta condicione) vel remaneant penes grauatum, vel perueniant ad substitutum, vel iure adcrescendi coniunctò acquirantur, semper cum suo onere: Nam post illud quoque Seueri rescriptum quod de tacita legatorum repetitione factū est, idem semper hac parte & incorrectum mansit ius vetus, vt siue deficiēs, siue repudiata portio eius coheredis qui nominatim esset grauatus, ad coheredem siue testamentarium, siue legitimum sine onere perueniret: Exceptis duobus tantùm casibus, Quorum alter erat si defecisset portio ex voluntate testatoris qui heredis nomen induxisset, ea mente vt ipsius tantùm institutionem, non etiam legata & fideicommissa ab eo nominatim data improbare, *l. 2. in princip. D. de his quæ in testam. delent*. Alter ille de quo superiore capite tam multa diximus, si cohères coheredi esset substitutus, & à substitutione repetita expressim legata ante rescriptum Seueri. Nam post rescriptum expressa repetitio necessaria non fuit: vt proinde non sit cur aduersus hanc nostram sententiam quis obiiciat Paulum in *l. 1. §. quod ex substitutione D. ad leg. Falcid*. vbi tractat de portione coheredis quæ siue grauata, siue exhausta legatis, ad coheredem ex substitutione peruenerit. Tametsi non ponat expressim repetita fuisse legata à substitutione, quia nec erat necesse, cùm celebre illud Seueri & Antonini rescriptum passim iam obtineret. Illud subobscurius est quod in *seq. §. si coheredis*, idem Paulus tractans de portione quæ legatis onerata vel exhausta fuerit, & coheredis portioni adcreuerit, non dubitat, quin legata etiam nominatim relicta ab eo cuius portio vel defecta sit, vel repudiata debeantur, sed de illo tantùm disputat, an confundendæ sint portiones nécne, vt sciri possit an præstanda sint integra, an deducta quarta. Nec enim videtur dici posse, id accipiendum de coherede qui fuerit coheredi substitutus, ne alioqui fatendum sit eandem quęstionē quæ in §. præcedente tractata fuerat, in sequenti superuacuo fuisse repetitam. Quomodo ratiocinatur Iacobus Cuiacius, quem nos & retulimus, & ex parte secuti sumus lib. 4. cap. 13. Addens in *d. §. si coheredis*, non solùm tractari de por-

de portione adcrescente nudo iure adcrescendi non iure substitutionis,sed etiam de portione defecta non de repudiata, sumens huius rei coniecturam ex verbo *vindicauero*,arg.*l.5.de vulg.& pupill.subst.* Sed tamen aliud mihi nunc iudicium est, & quando in quæstione tam perplexa me cum viro doctissimo hallucinatum esse non pudet,cur pudebit in melius tandem mutare sententiam?Dico igitur in eo quoque *§.si coheredis*,illam quoque speciẽ à Paulo tractari in qua coheres coheredi fuerit substitutus,cum aliter nullus potuerit locus esse quæstioni, siue poneres nominatim relicta legata ab eo cuius portio defecisset aut repudiata esset, quoniam ea coheres non deberet,siue his verbis, *Quisquis mihi heres erit*,quorum adiectio faceret sine dubio, vt in ponenda legis Falcidiæ ratione omnimodo confundendæ & miscendæ essent portiones: vt ostendunt verba illa vltima *d. §. id quod ex substitutione,scilicet si ab eo nominatim data sint, non,Quisquis mihi heres erit.* An igitur eandem prorsus speciem & quæstionem in vtroque *§.* tractatã fuisse fatebimur?Minimè. Nã in *§.id quod ex substitutione*, tractatur ille casus quo siue deficiens, siue repudiata portio coheredis ad coheredem suum qui suã iam agnouerat,ex substitutione peruenerit. At in *§.si coheredis*,ille tractatur in quo coheres coheredi substitutus, antequàm portionem suam agnosceret,deficientem coheredis partem ex substitutione vindicauerit. Id enim significat verbum *vindicauero*,quoniam cùm deficiens portio adcrescit iam agnitæ portioni, adcrescit etiam inuito coherede, & ipso iure nec vlla vindicatione opus est aut ad acquirendum, aut ad testandam acquirendi volũtatem. Quod diuersum est cùm ante agnitam vnam portionem alia defecit. Tunc enim liberum est coheredi eidémque substituto, incipere aditionẽ à portione deficiente,non à sua,quod non aliter facere possit quàm si eã vindicet ex substitutione.Nam si substitutio nulla facta esset,quamuis alia portio defecisset antequàm is qui heres esse vellet,propriam agnouisset, nõ tamen à coheredis portione posset aditionem incipere,quippe qui in ea portione nihil prorsus iuris haberet,nisi per posterius, id est,agnita priùs propria portione cui alia adcreuisset. Quid autem inter hos casus intersit,licèt nemo fortassis adhuc dixerit,facile tamen ex ipsis Pauli verbis explicari potest.Etenim cùm coheredi qui propriam portionem iam agnouit, coheredis portio ex substitutione acquiritur,& de lege Falcidia disputatur,ea ratio videtur legatariis nocere, quibus à coherede eodémque substituto fuit legatum, ne ob id minùs Falcidiam patiantur quòd pars non onerata oneratæ accesserit. Quia iam erat quæsitum ius coheredi grauato, vt ex iis legatis Falcidiam posset deducere, cùm placuerit in singulis heredibus legi Falcidiæ locum esse, *l.in singulis 77.eod.* Contrà tamen Paulus respondet, quia coheres hic ex semisse institutus,& coheredi substitutus similis est heredi ex parte purè, ex parte sub condicione instituto, siquidem substitutio directa quælibet, nihil nisi condicionalis institutio est. Nemo autem dixerit heredem ex parte purè, ex parte sub condicione institutum Falcidiam inducere posse in legatis ex ea portione quæ pure data fuit præstandis:si alterius portionis condicio tandem extiterit, atque ita hereditas tota ad eum peruenerit, cùm vtraque portio vnam tantùm hereditatem constituat vnius testatoris,nec nisi vnum faciat heredem. Quæ tamen ab eo nominatim qui portionem suam omiserit,legata fuerunt, non augebuntur,id est, non sine Falcidiæ detractione præstabuntur, si in persona coheredis

repudiantis Falcidia locum habere potuisset, quoniam heres qui portionē suam agnouit, cùm ea pręstet tanquam substitutus, qui scilicet tanquam coheres nulla deberet, præstat illa ex persona coheredis, non ex sua. Eodem igitur modo quo per ipsum coheredem præstanda essent. Nec est contrariū quod ea debet tanquam à se tacitè repetita. Id enim facit duntaxat vt ea debeat, non etiam vt ex sua persona, *l. qui fundum* 87. *§. qui filium eod. tit.* Neque potest quod ad ea legata pertinet comparari heredi ex parte purè, ex parte sub condicione instituto. Nam si quis esset ex parte purè, ex parte sub condicione institutus nulla legata debere posset, nisi ex propria persona, ideóq; nec Falcidiam inducere posset, si modò quadrantem totius hereditatis saluum haberet. Quod secus est cùm agitur de legatis præstandis, quæ non ab eo, qui totam hereditatem nunc possidet, relicta fuerunt, sed ab eius coherede, cui fuerit ipse substitutus. Etsi namque substitutio ipsa est, quæ facit vt heres ex semisse institutus, & coheredi substitutus, comparandus sit heredi partim purè, partim sub condicione instituto (quæ comparatio non similiter procederet, nulla facta substitutione, tametsi ius adcrescendi locum haberet, vt intelligas coheredem licèt testamentarium pro substituto haberi non posse) hæc ipsa tamen comparatio demonstrat, non quod ad alia legata posse eam habere iuris effectum, quàm quòd ad ea quæ ab ipso adeūte relicta sint, nō quòd ad ea quæ ab eius coherede qui repudiauit, quia si solus ille esset institutus ex parte purè, ex parte sub condicione, neque de coherede vllo, neque de legatis à coherede relictis quæri oporteret. Atque hic quidem sensus est, *d. §. id quod ex substitutione.* At cùm coheres cuius portio erat integra, coheredis portionem legatis exhaustam ex substitutione vindicauit, priusquàm suam agnosceret, quem diximus casum esse de quo tractatur in *d. §. si coheredis*, maior ratio suadet, vt confundendę partes videantur secundum Cassij sententiam à Paulo relatā, quia cùm incipiat aditio à portione exhausta, videtur coheres idémque substitutus aliam quoque portionem ex qua scriptus ipse fuerat habere ex eadē substitutione tanquā portioni iam agnitę adcrescentem, atque ita perinde esse acsi ex substitutione sola totā hereditatē vindicaret, quo casu nemo diceret Falcidię locū fore cùm & nulla detracta Falcidia saluū & integrū totius hereditatis semissem esset ille habiturus. Sed aliud Proculo visum est, & Iuliano, quos Paulus quoque probat, quia substitutio priùs agnita nō facit, quominus idē & substitutus & coheres aliā partē habeat iure proprię institutionis, & consequenter quin legata à coherede qui repudiauit, nominatim relicta pręstet ex persona coheredis tanquā ex solo semisse instituti, qui si portionē suā agnouisset, vtique Falcidiā inducere potuisset. Dices Iuliani & Proculi temporibus ita ius fuisse, vt legata ab instituto relicta, substitutus non deberet si non essent expressim repetita. Fateor quia floruerunt illi ante tempora Seueri & Antonini. Sed cùm in omni quæstione præsupponendi sint termini habiles, vt interpretes loquuntur, nihil vetat supponere expressam repetitionem, quam & credibile est olim fieri passim solitam fuisse, indéque sumptam occasionem rescripti sicut & plerisque aliis Impp. cōstitutionibus causam illud dedit, vt pro facto haberi voluerint, & pro conuento, etiam quod factū & cōuentum non esset ob id solùm quod vt plurimùm fieri & conuenire id soleret, *l. vlt. C. de fideiuss. l. vlt. C. quæ res pign. obl. lic. poss.* iunct. *l. & quæ nondum* 15. *§. quod dicitur. D. de pign.* Et verò cùm nihil esset frequentiùs quàm vt coheres

heres coheredi vulgariter substitueretur nō solū vt haberet electionē vtrū ex substitutione vellet succedere an ex institutione, sed etiā & ob id potissimū ne portio fieri caduca posset, quemadmodū Iustinianus testatur in *princ. d.l.vnic.C.de caduc.toll.* dubitandū nō est quin prudēs testator quilibet cùm id maximè ageret vt voluntatē suam in tuto collocaret, à substituto quoq; legata repetere soleret, quæ videbat nō aliter cōseruari posse in casum euenientis substitutionis. Isq; certe mihi nūc videtur verissimus Pauli sensus in *d.§.id quod ex substitutione*, & *d.§.si coheredis*, quē tamē non eramus assecuti cū priores nostras de respōsi satis obscuri interpretatione coniecturas exponebamus lib.4.cap.13.quē locū ex hoc volumus, nō modò suppleri, sed etiā emēdari. Denique si quis alius iuris locus est in quo tractetur de coheredis portione grauata legatis quę ad coheredē perueniat cū onere legatorū, vt in *l.quod si alterutro* 78.*eo.tit.* Dico ponendū esse necessariò quòd vel fuerit coheredi substitutus, & ab eo expressim repetita legata vel fideicōmissa, nisi eius Iurisconsulti respōsum sit qui Seueri rescriptū nō ignorauerit (tunc enim substitutionē præsupponere satis est ad tacitā repetitionē inducendam) vel fuerint legata à coherede qui repudiauit, nō nominatim relicta, sed his verbis, *Quisquis mihi heres erit*, vt nō persona ipsa coheredis, quàm eius portio grauata dici possit. Nec.n.necesse est nominatim relicta esse legata vel fideicōmissa ab eo qui ex semisse scriptus est, vt sola eius portio grauata videatur sed potest ita scribere testator, *Titius ex semisse heres esto, Mæuius ex alio semisse, Quisquis ex Mæuij semisse heres erit, Sēpronio ducēta, Caio trecenta dato.* quo casu certum est solā Mæuij portionem esse oneratam, & tamen Titiū, siue substitutionis siue adcrescēdi iure semissem consequatur, legata omnia ex eo semisse relicta debiturum, tanquam ab eo non tam repetita quàm data propter dictionē illam *Quisquis*. Cæterùm, quàm verum sit quod & in hoc & in superiore capite disputauimus, ita fuisse comparatum ius vetus etiam post rescriptum Seueri & ante Iustiniani constitutionem in *d. l. vnic. C. de caduc.tollend.* Ex illo quoque apparet quod pluribus heredibus institutis, & altero hereditatem restituere rogato, si is suspectam diceret, cogi poterat & debebat per fideicommissarium, vt adiret, ne alioqui fideicommissum intercideret, tametsi eius coheres qui grauatus non erat, iam adiisset, *l. cogi* 16.*§.vlt.D.ad SC.Trebell.l.sed cùm ab herede* 12. *eod.* secundum eā illius loci interpretationē quā nos attulimus 5.cap.9. Quid.n.esset hoc necesse, si suspectā dicētis & repudiātis portio nō nisi cū onere fideicōmissi ad coheredē adeūtē peruenire posset? Exēplo eius quod dicimus, si duo heredes à patre instituti fuerint, & vtriusq. fideicōmissū sit vt exheredati filij hereditatē restituant satis esse vel vnū cogi adire ad patris tabulas cōfirmandas. Hoc.n.facto etiā eū qui patris hereditatē adire & restituere cōpellendū, *l.apud Iulianum* 11.*§.* 1.*l.ita tamen* 27.*§.qui suspectā, & à patre, vers.quod si duo eod.* Nunquā.n. cogēdus quis est vt contra iuris regulas adeat hereditatē sibi suspectā, nisi cū id necesse est ad conseruandū fideicōmissum. Etsi videtur specialior quædā ratio locū habere in fideicōmissis vniuersalibus quàm in singularibus & in legatis, quia nō possunt actiones ex fideicōmisso vniuersali transire in fideicōmissariū, nisi restitutio fiat ex Trebelliano, quæ porrò fieri nō aliter pōt quā si restituatur hereditas, quomodo testator voluit, ac pinde ab eo ipso qui rogatus fuit. Quę videtur etiā ratio esse, *l.si eius* 34.*eo.* Eodēq; refero quod Papi.in *l.si res aliena* 52.*§.*1.*eo.tit.* tractat de adcrescēte portione eius ex coheredib⁹, à quo fuerat relicta libertas, nō eius à quo hereditas: quia si portio coheredis q hereditatē seruo restituere rogatus erat, ei adcreuisset q libertatē fideicōmissariā præstare debuerat, nō idcircò potuisset ille cogi vt adiret

suam portionem, quia non eò magis factus fuisset debitor & libertatis & hereditatis, quandoquidem etiam adita portione sua, coheredis quidē portionem repudiatam adcrescendi iure consecutus fuisset, at liberam & immunem ab onere fideicommissariæ hereditatis Cur ergo, inquies, contrà euenit, vt repudiante portionem suam eo qui fideicommissariam libertatem debuit, coheres cogi possit, tanquam qui ob adcrescentem portionem vtriusque fideicommissi debitor esse cœperit & libertatis & hereditatis? An non ex eo appareret deficientem coheredis portionem à quo nominatim relicta fuerat libertas per fideicommissum adcrescere coheredi cum suo onere fideicommissi? Sic sanè est, sed iure, vt puto singulari, non solùm fauore libertatis (idem enim etiam in casu contrario dicendum esset si fauor hic libertatis vrgeret) sed ratione voluntatis, quia fideicommissum hereditatis ab eo præstandæ qui totam hereditatem nunc habet facilè includit fideicōmissum libertatis tanquam in necessarium antecedens, arg. *l. pen. C. de neceß. hered. instit.* Estque longe expeditius vt debitor hereditatis fiat debitor libertatis, quàm vt è contrario debitor libertatis fiat debitor hereditatis. Quoniam qui liber est, potest esse non heres, qui verò heres est, non potest esse non liber. Tantò magis, quòd hoc casu adcrescens portio, non tam onus quàm commodum adferre secum videtur. Nam etsi coheres portionem suam agnouisset, non aliter tamen fideicommissariam libertatem præstare potuisset, quàm si eam partem quam in illo seruo coheres habebat, ex legato priùs accepisset, *d. l. cogi. §. vlt.* Atque ita serui partem amisisset, fauore coheredis qui solus libertum habuisset. Coherede verò repudiante, etsi eandem serui partem hic amittit, quam illo adeunte amissurus erat, habet tamen libertum præstita fideicommissaria libertate, ideóque negari non potest, quin plus consequatur commodi, quàm incommodi ex adserente portione, etiam quod pertinet ad seruum hunc manumittendum. Ergo, vt ad Celsum nostrum redeamus, fatendum est eo iure quod Celsi temporibus obtinebat, si filio coheredi pars coheredis, siue frater, siue extraneus is esset, adcreuisset à quo nominatim fuerat legatum, non potuisse adeuntem debere legatum, quoniam eiusmódi legatum eo iure cadebat & intercidebat: Idque significare verba illa, *quod iure antiquo cadit.* At cùm ius antiquum dici non possit, nisi ex comparatione iuris noui, arg. *dict. l. quoties duplici 91. de regul. iur. l. tutelas 7. D. de capit. minut.* Ius autem nouum hîc non aliud sit, vt probauimus quàm quod Iustiniani constitutio introduxit, de quo tamen non potuit Celsus cogitare. Cogor dicere verba illa Triboniano esse necessariò tribuenda, id scilicèt perpetuò agenti vt ius antiquum ad Iustiniani constitutiones accommodet, postquàm ita Iustiniano placuit, vt quæcunque à prudentibus dicta sunt, perinde accipiantur acsi à Iustiniano ipso dicta essent. Voluit autem Tribonianus dicere, Celsi quidem sententiam veram fuisse temporibus Celsi, quia iure antiquo legatum nominatim relictū ab eo qui heres non esset, deficiebat, nec præstandum erat ab eo cui deficiens portio adcrescebat. Sed hodie aliud esse nouo iure Iustinianeo, quo inductum fuit, vt deficiens portio nunquam sine onere adcrescat, nisi cùm habetur pro non scripta. Sed obseruare Tribonianus debuit, ita loqui interpretem, aut etiam Tribonianum ipsum, non item Celsum potuisse.

Emen-

Emendatio l. 1. §. penult. D. de his quæ in testam. delent.

CAPVT XVI.

VLPIANI verba hæc sunt, *Et hereditatis portio ade npta vel tota hereditas si forte sit substitutus, iure facta videbitur, non quasi adempta, quoniam hereditas semel data adimi facile non potest, sed quasi nec data.* Quorum verborum constructio ipsa per se primum obscura est. Non enim dici potest ad quod substantiuum referendum sit adiectiuum *facta* nisi cum Accursio suppleas *ademptio.* Supplendum namque erit substantiuum, quod in præcedentibus non fuit expressum, licèt de portione adempta dictum sit, quoniam aliud est dicere *portio adempta*, aliud *ademptio.* Sed etsi poneres ita scripsisse Vlpianum, *Et hereditatis portio adempta vel tota hereditas si fortè sit substitutus iure, facta adēptio videbitur*, adhuc tamen non satisfaceres Prisciano. Scribendum enim erat *hereditatis portione adempta vel tota hereditate* per ablatiuos absolutos qui à nullo verbo regantur, non per nominatiuos, quos ab aliquo verbo regi necesse sit. Sed & illud difficile est explicare, quid sibi velint verba illa *si fortè sit substitutus.* Non enim placere potest interpretatio Accursij, qui ea sic intelligit vt substitutus cōciderit tabulas inuito testatore, factique sui pœnam illam patiatur vt amittat hereditatem arg. *l. non est dubium. 5. §. delegat. & l. penult. eod. & l. Paulus respondit, Si certa 48. D. ad SC. Trebell.* Aliud siquidem est adimi hereditatem, aliud amitti, nec video qua ratione posset hoc casu dici adempta substituto hereditas quam ille facto dolóque suo amisisset. Præsertim cùm de ademptione per testatorem ipsum non per legem facta Vlpianum loqui ex eo appareat quod sequitur *non quasi adempta sed quasi nec data.* Ademptio enim quæ per legem fit, necessariò præsupponit dationem adeóque delationem hereditatis, non etiam illa quæ fit per testatorem: quia quandiu testator viuit non defertur hereditas, nec proinde vlladum legis potestas est in ea adimenda. Cùm tamen verum sit datam eam esse per testamētum, nemo dubitat quin possit eam testator adimere quasi nec datam. Ratione illa quòd neque testamenti vis vlla est, sicut nec hereditas ante mortem testatoris, cuius voluntas interim est ambulatoria & ita reuocabilis vt quod mortis tempore ab eo datum non reperitur, siue hereditas sit siue legatum testamento fortasse sollemniter reuocato, nunquam datum esse videatur. Accedit, quod nec fieri vllo casu potest vt substitutus in pœnam cancellationis, quam inuito testatore fecerit, amittat hereditatem. Nam siue totum testamentum cancellauerit ipsam quoque substitutionem cancellatam & consequenter inutilem factam esse necesse est, cùm in testamento contineatur, siue quod probabilius facturus sit, institutionem tantùm cancellauerit vt sibi locum faceret ac substitutioni, æquè nihil egerit, quia tum etiam cùm testator ipse instituti nomen induxit, & substituti reliquit, fieri non potest vt substitutus emolumentum hereditatis habeat *l. 2. vers. sed si instituti*, vbi pro *institutus* quomodo habet recepta lectio, *substitutus* legendum esse Iacob. Cuiacius non minùs eleganter, quàm verè obseruauit. De instituto namque cuius nomen testator consultò induxerit dubitari non potest, quin nihil habere debeat, tametsi nomen substituti non fuerit in-

ductum,cùm nihil vetet incipere testamentum à substituto vulgari,vt & in *l.si is qui soluendo 57.D.de hered.instu.l.quidā testamento 30. & pass. De vulg. & pupill.substit.* At de substituto dubitari probabiliter poterat,cuius nomen inductum non erat,propterea quòd cancellatio nō aliis nocere soleat quàm iis quorum nomina cancellata sunt *l. 2. & 3. hoc tit.* Sed tamen illa ratio substitutum quoque excludit, quòd non alia hereditas aut hereditatis pars ei data dici possit,quàm quæ data fuerat instituto : Id enim est substitui, in ea scilicet portione quæ alij data fuerat institui. Proinde cùm institutus hic nullus sit quia nomen eius cancellatum fuit, nulla est etiam hereditas in qua substitutus datus videri possit : sed ea potiùs pars hereditatis data ei videtur (ponit enim lex institutum cuius nomen inductum est habuisse coheredes) quæ nulla esset,vt in casu *l.ex facto 19.D.de hered. institut.* in eóque propter hanc rationem deterior est condicio substituti quàm vel coheredum vel legatariorum & aliorum quibus eodem testamento aliquid relictum proponatur, quibus non nocet quod heredis instituti nomen inductum sit, adeò vt ex illa inductione & cancellatione resultet potiùs tacita quædam confirmatio quæ faciat vt tantò magis valere debeant cætera non cancellata, siue ex testamento siue ab intestato,vt Paul. Castrēs. ratiocinatur ad *d.l.3.in fin. hoc tit.* Apparet igitur verba illa *si fortè sit substitutus*, neque ab Accursio aut alio interprete fuisse bene explicata, neque explicari commodè posse : proinde interpretis esse potiùs quàm Vlpiani. Quamquam nec facilè est dicere quid interpretem fallere potuerit, adeò sunt inepta,& ad rem iurísque rationem parum accommodata. Nisi fortè putauit ille ademptionem hereditatis siue totius siue pro parte non aliter valere posse quàm si heres aliquis sit ex cuius persona cōfirmetur ademptio sicut & datio confirmanda esset,quemadmodum si de legatis aut fideicommissis ageretur,*l.quidā referunt.14.D.de iur.codicil.* sed cogitare debuit aliā rationem esse hereditatis,aliam legatorum,legata neque dari, neque adimi posse, si heres nullus sit, à quo vel dentur vel adimantur, quia pendent ex institutione,ab eáque vires accipiunt, *d.l.3.hoc tit.l.1. in fin. De vulg.& pupil. subst.* Hereditatem verò directam (aliud enim est in fideicommissaria)sicut non ab alio dari potest,quàm ab ipso testatore, ita neque datam adimi, & ob id cùm adimitur non tam ademptam,quàm nec datam videri, quia cùm non nisi testamento dari possit, *§.2.Instit.de codicill.* testamentum verò nullum sit sine institutione,*l. vlt. D.eod.* non potest dici hereditas data heredi, cuius nomen ab ipso testatore inductum fuit. Ergo nec adēpta, quandoquidem ademptio propriè sumpta præsupponit veram dationem, *l. 3. §. condicio & pass. D. de adim. legat.* At legata cùm adimuntur, verè & propriè adimi dicuntur, cùm verè data fuerint testamento quod per eiusmodi ademptionem non minùs subsistit licèt in effectu verum sit etiam in legatis, id quod ademptum sit nec datum videri, *l.si ita sit adscriptum. 14. De legat.1.* Idque est quod Vlpianus ait hereditatem semel datam non facilè adimi posse, scilicet verè, & propriè saluóque testamento in quo fuerat data. Codicillis enim adimi non posse constat. *l.penult.§.vlt. D. de condic. instit.* vbi ob hanc causam Modestinus scribit neque condicionem in codicillis adscribi posse heredi,qui testamento fuerat purè institutus, quia in defectū condicionis de hereditatis ademptione cogitasse testator intelligatur. Alio autem ritè ac sollemniter facto testamento, non possis dicere ademptam

ptam

ptam hereditatem cùm prius ipsum testamentum solum rumpatur & irritum constituatur, *§. posteriore Inst. quib. mod. testam. infirm. l. si quis priore 29. D. ad SC. Trebell.* atque ita fiat vt nunquam hereditas data censeatur: Itaque quod Vlpianus hoc loco scribit hereditatem semel datam non facilè adimi posse, modesto & prudentibus nostris familiari more loquendi, sic proculdubio accipiendum est, vt nullomodo nullóque casu adimi possit, si quis propriè ac pattice loqui velit, siue namque ponas heredem solum institutum fuisse à quo sit adempta hereditas non potuit ei adimi à seipso non magis quàm dari, sicut nec heredi à semetipso legatū vllum dari aut adimi potest, *l. cum filiofa. vilitas* 11. *l. & quidem totum* 18. *l. legatum est delibatio* 116. *§. 1. de legat. 1.* Sin ponas datos ei coheredes, non potest ea coheredum adiectio vtilem facere ademptionem hereditatis, quia non sicut legatorum, ita & hereditatis pars aliqua capitur à coherede. Multóque minùs datio substituti ademptionem eiusmodi confirmabit, quia præposterum est vt siue datio siue ademptio hereditatis à substitutione confirmetur, *l. ex pupillari.* 44. *De vulg. & pupill. subst. l. quod per manus* 10. *D. de iur. codicill.* Nec est contrarium quod Paulus scribit in *l. nihil interest.* 16. *D. de adim. legat.* nihil interesse an inducatur quod scriptum est an adimatur, ex quo inferunt nonnulli, hereditatem igitur adimi posse quia & heredis scripti nomen induci potest, id enim de iis rebus debet intelligi quæ adimi possunt, id est de legatis & de fideicommissis, & aliis huiusmodi, non etiam de hereditatibus, quæ nec adimi possunt nec induci. Planè ipsius heredis nomen induci posse non negamus, sed aliud esse dicimus, induci nomen heredis, aliud hereditatem, quia nec hereditatis mentio necessaria est ad concipiendam institutionem, sed tantùm nomen heredis, *l. 1. §. si autem sic scribat. D. de hered. instituen.* Præstereà tum quoque cùm heredis instituti nomen inducitur, admittimus equidem auferri ei commodum hereditatis, sed ita tamen vt non tam adempta quàm nunquam ei data hereditas existimetur, propter eam quam diximus rationem. At quoniam sublatis etiam illis verbis *si fortè sit substitutus*, quæ nos inepti interpretis esse probauimus, mendum illud manet quod huius capitis initio monuimus, viciosæ constructionis. Puto non aliter posse locum restitui quàm si deleta quoque dictione illa *facta* contexamus hunc §. cum præcedenti continua serie orationis ab illis verbis *etsi quidem* legamúsque hoc modo, *Etsi quidem illud consciis testator denegabuntur actiones, & hereditatis portio adempta, vel tota hereditas iure videbitur non quasi adempta, quoniam hereditas semel data facilè adimi non potest sed quasi nec data.* Illa nanque intermedia *si verò alius inuito testatore non denegabuntur* etiam tollimus non tanquam falsi quid habentia sed tanquam inepta, non ob id solùm quòd elegantem alioquin futuram & continuatam orationis seriem interrūpunt (nisi quis probabilius putet vt parenthesi circumscribantur, quo tamen sensu scribendum fuerat *si enim* non *si verò*) sed etiam quia prorsus ridiculum est monere, nō esse denegandas actiones heredi cuius nomen inductum est si & ab alio quàm à testatore inductum sit, & inuito testatore. Quis enim tam stultus esset vt de eo posset dubitare? Imò stultus fuit interpres qui scripsi *inuito testatore* cùm scribere potius debuisset *ignorante* quàm *inuito.* Sufficit namque vt ignorante testatore cancellatio ab alio facta sit, ne prætextu cancellationis actiones denegentur, quando nec nocet cancellatio facta, si incōsultò factasit, vt in §.

præcedente Vlpianus ſcribit.

Explicatur tit. de his quæ in teſtam. delent.

CAP. XVII.

ILLVD autem in hoc tractatu mirum eſt hereditatē quæ non tam adempta quàm nec data intelligi debeat, vt ex Vlp. nunc dicebamus, quod vulgò interpretibus placet, ipſo tamen iure acquiri poſſe heredi, vt tanquam ſcriptus & hereditatis adeundæ ius habeat, & per aditionem heres fiat. Sic enim Accurſius poſt Azonem ad eum locum notat, ratione illa quòd alioqui non deferretur hereditas fiſco, ſed venientibus ab inteſtato, quæ tamen fiſco defertur, *l.3. hoc tit. l. cùm quidam 12. l. cùm tabulis 16. §. vlt. D. de his quæ vt indig.* Venientibus autem ab inteſtato ita demum ſi probent ea mente inciſas teſtamenti tabulas, aut inductum nomen heredis vt inteſtatus moreretur *l. vlt. hoc tit.* Quanquam non ignoro pleroſque interpretes vulgò aliter exiſtimare, ſolitóſque diſtinguere, qua ex cauſa nomen heredis teſtator induxerit, an tanquam indigni, vt hoc caſu poſſit nihilominùs heres fieri ex teſtamento, ſed ita vt ei tanquam indigno hereditas auferatur, & fiſco applicetur, adeò vt nec poſſit repudiare in fauorem legitimi heredis, quaſi in fraudem fiſci ceſſura eſſet ea repudiatio ſi locum faceret venientibus ab inteſtato, an verò neque indignum heredem teſtator expreſſim dixerit, neque iuſtam cauſam vllam habuerit indignum eum exiſtimandi, vt tunc & in dubio credatur potiùs irritas facere tabulas voluiſſe, vt decederet inteſtatus, quàm fiſcum inuitaſſe, ex *l.1. §. pen. D. ſi tabul. teſt. null. extab.* Sic enim Caſtrenſis diſtinguit ad *d. l. 3. num. vlt.* Mihi tamen Azonis & Accurſij ſententia verior aliquando videbatur, neque dubito quin inducto nomine heredis locus fiat fiſco, quia lex pro indigno habet heredem, qui non retinuit defuncti voluntatem, ſicut & legatarios quoque ex eadem cauſa pro indignis haberet, vt Papinianus apertè ſentit in *d. l. cum quidam*, & in *d. l. cùm tabulis §. vlt.* niſi probetur teſtator in gratiam duntaxat legitimorum heredum mutaſſe voluntatem. Sed tamen alia diſtinctio mihi placebat, iuríque conuenientior putabatur, an teſtator totū teſtamentum induxiſſet & cancellaſſet, an ſolius heredis nomen. Toto teſtamento inducto, admittebam non eſſe credendum teſtatorem voluiſſe inteſtatum decedere, atque ita legitimos heredes vocaſſe, cùm fieri nequeat vt valeat quicquam ex eo teſtamento, aut vt non voluerit inteſtatus mori qui totum teſtamentum cancellauit, quo admiſſo non niſi fruſtrà huius volūtatis probatio à legitimis heredibus exigetur. Eóque pertinet *d. l. 2. hoc tit. d. l. 1. §. pen. D. ſi tab. teſtam. null. extab.* Quibus non obſtare dicebā quod Paulus ad Papinianū notat in *l. vlt. hoc tit.* non aliter ſcriptis heredibus auocandā eſſe hereditatē per eos qui ab inteſtato venire deſiderant, quàm ſi probent teſtatorem ideò inciſiſſe tabulas vt inteſtatus moreretur. Nam vt non malè Caſtrenſis reſpondet, plures vnius teſtamenti ſcripturæ in ea ſpecie factæ proponebantur, & eæ duntaxat tabulæ quæ in publico depoſitæ fuerant deletæ, ſaluis cæteris ex quibus cùm perinde res geſta declararetur, nihil cauſæ erat cur teſtator eo animo fuiſſe crederetur vt inteſtatus

ſtatus decederet, ſi non euidentiſſimè idipſum per legitimos heredes probaretur: quibus vtique probandi onus non ſimiliter incumberet, ſi eas duntaxat tabulas habuiſſet teſtator quas deleuiſſet. In eo tamen Caſtrenſem errare ſemper credidi, quod ex ea ipſa lege probari poſſe putat velut à contrario ſenſu, futurum eo caſu quo vnæ tantum eſſent tabulæ eæque deletæ vt pro legitimis heredibus præſumptio capi deberet contra fiſcum. Non enim illo caſu quæſtio vlla incidere poſſet inter fiſcum & venientes ab inteſtato ſecundum ſupradictam noſtram diſtinctionem, ſed tantum inter hos & heredem teſtamentarium: cum non ſolius heredis nomen inductum, at tota teſtamenti ſcriptura cancellata proponeretur. At ſolius heredis nomine inducto, quæ altera diſtinctionis noſtræ pars erat, ſicut non poteſt dici teſtatorem à toto teſtamento recedere voluiſſe, & à tota voluntate, ita nec legitimos heredes ad ſucceſſionem ſuam inuitaſſe ſiue alij coheredes adſint, quorum nomina non fuerint inducta, quíque ideo teſtamentum ſuſtinere queant, ſiue nulli, quia de legitimis heredibus vocandis non cogitat, qui teſtamentum ſuum aliqua ex parte vult valere. Ideóque præſumptio eſt pro fiſco, licèt alia cauſa nulla ſit propter quam indignus videri poſſit heres niſi quia non retinuit teſtatoris voluntatem. Et in eo rurſum errat Caſtrenſis quod Papiniani ſententiam generalem quæ extat in *d. l. cùm quidam & d. l. cùm tabulis. §. vlt.* cum ſua diſtinctione accipiendam eſſe putat. Sed multò grauiùs in eo, quòd illo etiam caſu quo ab inteſtato ſuccedatur legata deberi vult tanquam ab inteſtato repetita iure cuiuſdam tacitæ confirmationis reſultantis, vt ipſe loquitur ex eiuſmodi cancellatione arg. *Tribunus. 20. §. 1. D. de teſtam. milit.* Nam cùm non aliter patiatur noſtra diſtinctio locum fieri legitimis heredibus quàm ſi vel totum teſtamentum fuerit cācellatum, vel probetur per eos inductum nomen heredis ea mente vt ab inteſtato ſuccederetur. Negamus fieri poſſe vt vllo ex his duobus caſibus legata debeantur ſi non fuerint ab inteſtato expreſſim repetita, *l. 1. l. illud tractari 13. §. 1. D. de iur. codicill. l. generaliter. 24. §. ex teſtamento. D. de fideic. libert.* Longéq. diuerſa ſpecies illa eſt de qua Iulianus in *d. l. Tribunus. §. 1.* vbi defenditur voluntas iure noui & militaris teſtamenti, non ab inteſtato. Nec illud rurſum obſtat, quod in *d. l. 2. hoc tit.* Vlp. ſcribit, tum etiam cùm teſtator ob vnius heredis malum meritum totum teſtamentum delendum eſſe exiſtimauit, legatariis tamen non eſſe in dubio denegandas actiones. In dubio enim & ambiguo rem eſſe Vlpianus intelligit, cùm non apparet an teſtator qui vnius duntaxat heredis nomen induxit, ſolum illum fraudare voluerit hereditate, an verò cauſa illius totum teſtamentum infirmare. Nam ſi conſtaret eum de toto teſtamento infirmando cogitaſſe, non dubitaret Vlpianus quin perinde legata ac coheredum inſtitutiones corruere deberent, vt ex eo apparet quod ſicut in ambiguo legata deberi vult, ita & coheredum inſtitutionem non eſſe infirmandam, quam tamen infirmandam eſſe non dubitat ſiue teſtator vel vnius heredis cauſa totum teſtamentum voluerit infirmare, ſiue putauerit ob vnius heredis malū meritum totum teſtamentum eſſe delendum. Denique prorſus eadem hac parte ratio eſt inſtitutionis & legatorum inciſiſque & cancellatis totis tabulis non magis ſubueniri poteſt legatarijs quàm heredibus inſtitutis, quia ex eiuſmodi tabulis hereditas adiri nullomodo poteſt. Extra caſum *l. vlt. D. de iniuſt. rupt.* id eſt ſi ea inciſio & cancellatio facta fuerit à teſtatore mente capto, quia hic & alius

esse videtur, & haud dubiè facit inconsultò quicquid facit, nec vllam habere intelligitur voluntatem. Itaque venientium ab intestato causa fauorabilior hactenus est quàm fisci, quod legata nulla præstant cùm suo iure succedant, nec ab iis quicquam relictum sit *dict. l. illud 13. in princip. De iur. codicill.* cum similib. Neque hoc Castrensis ipse negaret si legitimos heredes non nisi eo casu admitteret, quo totum testamentum esset cancellatum, non illo etiam quo testator vnius tantùm heredis nomen induxisset, quo casu fatemur quidem cum Castrensi legata deberi adeóque ea ipsa ratione qua ille mouetur, quòd testator cancellando nomen heredis non etiam legata hoc ipso tacitè legata confirmasse credatur, ita vt nec distinguendum putemus an vnius tantùm heredis nomen inductũ sit an omnium, sed legata deberi volumus non vt ille, à venientibus ab intestato, quos hoc casu succedere negamus, sed à fisco qui & succedit & cum suo onere, quia succedit in locum eius qui secundum Castrensem ipsum nonobstante nominis sui cancellatione posset heres esse ex testamento & quidem efficaciter si non ab eo tanquam indigno hereditas per fiscum aufferretur, cùm neque postquam ablata ei hereditas est tanquã indigno, desinat tamen heres esse qui semel heres fuit, *l. ex facto 43. §. Iulius Longinus De vulg. & pupill. subst.* Nam & si heres esse nollet vt legitimis heredibus locum faceret, aut etiam si ab intestato succedere ipse vellet tanquã agnatus proximior, non idcirco tamẽ ius fisci intercideret in cuius fraudem institutionis testamentariæ repudiatio facta videretur, vt iam supra ex eodẽ Castrensi diximus quem nos in eo probamus. Ergo nec legatariorum ius intercidere debet, non magis quàm si adita iam hereditate fiscus succederet, cùm & perinde succedat acsi esset adita, & ideò succedat si credimus interpretibus, quia potuit adiri. Quæ ratio, si vera est, diluit omnes illas obiectiones quas in specie, *d. l. 3. hoc tit.* aduocatus fisci contra legatarios adferebat, quòd neque videatur voluisse testamẽtum valere qui nomina heredum omnium induxit, neque possit testamentum vllum valere quod heredem non habet. Prior enim obiectio falsa est, cùm è contrario humaniore interpretatione credendum sit testatorem ea duntaxat irrita facere voluisse quæ induxit, non item cætera quæ non induxit, vt tandem ab eo ipso Imperatore qui obiectionẽ fecerat pronunciatum est. Posterior verò etsi vera est in iure, tamen in facto falsa est apud interpretes, quia præsupponit testamentũ non habere heredem, quoties heredum omnium nomina inducta fuerunt. Cùm tamen velint interpretes, non eò minùs posse istos adire, ex eo testamento & per aditionem heredes esse quod fieri non posset si testamentum heredes nullos haberet. Et vero, a quo prohiberentur adire? An à fisco? Atqui fisci interest potius vt adeant, sibíque acquirant hereditatem quam ab iis postmodum tanquam indignis sit ablaturus. An à legitimis successoribus? Multò minùs quia cùm dici non possit à tota voluntate recedere voluisse testatorem qui totum testamentum non cancellauit, licet heredum omnium nomina induxerit, nec illud quoque dici potest eum voluisse decedere intestatum, nisi ea mente, eoque fine nomina heredum inducta fuisse probent qui ab intestato venire desiderant. Hoc enim probato, vt iam dixi, non dubitarem quin eorum potior quàm fisci aut heredum institutorum causa esse deberet, quia quæstio hæc voluntatis est magis quam iuris vt apparet ex illa Imperatoris pronunciatione, *Causa præsens videtur admittere humaniorẽ interpretationem, vt ea duntaxat existimetur Nepos irrita esse voluisse quæ induxit.* Et conse-

quenter fatendum est fieri non posse vt hoc casu legata debeantur, quamuis non fuerint inducta: nec locum habet ratio illa Castrensis, quam & nos probauimus, quòd quæ inducta non fuerunt, per aliorum inductionem & cancellationem tacitè confirmata intelligantur. Quænam enim potentior & expressior totius testamenti, ac proinde legatorum quoque & fide commissorum omnium testamento relictorum cancellatio esse potest, quam si testator velle se mori intestatum declarauerit, aut verbis dummodo sollenniter ea declaratio facta sit, & coram septem testibus (alioqui nō valeret ad testamentum quod ritè factum esset, reuocandum) aut facto ipso, id est inductione nominum heredum, quæ quoniam verbis fortior est, aliam sollennitatem nullam desiderat ad totas tabulas infirmandas, nisi vt eo animo factam esse constet? arg. *d. l. 1. §. pen. si tabul. testam. null. extab.* Illud planè interpretum traditioni consequens est differre hac parte, vt & in aliis plerisque ius ciuile à prætorio. Id enim quod aiunt heredem, cuius nomen inductum fuerit, non eò minùs ex testamento heredem esse posse, si non fauore legitimorum heredum id factum probetur, iure ciuili verum esse volunt, at non etiam iure prætorio admitti potest. Quoties namque consultò inductum est nomen heredis, indubitanter probatur, eum petere bonorum possessionem non posse, quemadmodum non posset is qui heres scriptus esset non consulto testatore. Nam vtroque casu pro non scripto est quem scribi testator noluit, inquit idem Vlpianus noster in *l. 2. §. si consultò De bonor. poss. secund. tabul.* Idémque est si linum quo ligatæ sunt tabulæ, incisum sit à testatore, quia non videntur signatæ *l. 1. §. si linum eod.* Et verò cur prætor bonorum possessionem secundum tabulas ei daret, cui etiam post aditam iure ciuili hereditatem actiones denegaret? scilicet tanquam indigno. Nam quod prætor interdum quoque bonorum possessionem secundum tabulas dat, etiam quæ sit sine re, vt Vlpianus loquitur in Titulis, puta secundum tabulas in quibus præteritus sit filius in potestate. si modò septem testium signis signatæ, nec cancellatæ proponantur, quia id vnum exigit prætor, vt extent tabulæ quæ vicium in forma, &, vt aiunt, visibile nullū habeant *l. 1. §. sufficit. eod. tit.* ad hunc casum pertinere non potest, in quo is qui bonorū possessionem petat pro nō scripto habeatur. Quod si ita est, illud etiam erit consequēs vt quod Iulianus scripsit in *l. si ita scriptum 8. §. is autem eod.* eum cuius nomen in testamento voluntate testatoris inductū perductúmque est, sicut ad adeundā hereditatem, ita & ad petendam bonorum possessionem scriptū non intelligi, licèt nomē eius legatur, nō eò pertineat vt hac in re sit exęquādum per omnia ius ciuile cū prætorio & ius adeūdæ hereditatis cū iure petendæ possessionis, sed vt potiùs ad rei effectū respexerit Iulianus, quia etiā ciuili iure nō potest hereditatē adire cū effectu heres, cuius nomē consultò inductū fuit, cùm ab eo tanquā indigno hereditas per fiscū aufferatur, priùs etiā quàm sit adita, quia sufficit fisco vt potuerit eā adire is à quo auffertur. Alioqui si neges heredē cuius nomē inductū fuit ius habere hereditatis adeūdæ, planè nō possis dicere cur ad eā admitti fiscus debeat exclusis venientibus ab intestato, quos vtique constat non nisi per testamentum excludi posse. Quomodo Accursius cæterique interpretes passim ratiocinantur. Et in eo certè, vt tandem dicam quod sentio, egregie, ni fallor ego, falluntur. Dicere namque debuerunt excludi legitimos heredes non per testamentariū (qui si verum amamus, cùm pro non scripto sit ius adeundæ hereditatis

iure ciuili non magis habere poteſt, quàm ius petendæ à prætore bonorum poſſeſſionis, *d.§.is autem)* ſed per fiſcum, quaſi ſuccedentem in ius & locum heredis teſtamentarij, ex eaq; cauſa habētem ius anterius ob indignitatem heredis inſtituti. Nam quæ ratio perimit ius heredis ſcripti, viuo etiam teſtatore, quòd ex ipſo inſtanti quo nomen heredis inductum fuit, indignus ille factus ſit qui ſuccedere vnquam poſſet ei teſtatori cuius voluntatem non retinuiſſet, eadem ex tunc, vt ita dicam, inuitat fiſcum, facitque vt moriente tandem teſtatore (quo demùm tempore lex heredibus legitimis deferret hereditatem, ſi deferre poſſet) cauſam ſucceſſionis præueniſſe fiſcus intelligatur, cuius reſpectu indignitas heredis vice teſtamenti eſt, cùm perinde faciat vt hereditas fiſco deferatur. Cùm enim legitimorum heredum ius nullum ſit niſi ex legibus, *l.1.de ſuis & legit.l. lege obuenire* 130. *de verbor. ſignific.* Leges autem pro indigno habeant heredem, cuius nomen à teſtatore conſultò inductum eſt, *d.l.cùm quidam* 12.*D. de his quib.vt indign.* nemo non videt fieri nullomodo poſſe vt in propoſita ſpecie lex vocet legitimos ſucceſſores mortuo teſtatore ad eam hereditatem, quam inde iam viuo eo ſi aliud teſtamentum non fieret, fiſco deſtinabat, quamque eo mortuo ſtatim fiſco deferat ex præcedenti illa deſtinatione. Duobus namque, id eſt, & fiſco & legitimo heredi ſimul & in ſolidū ſingulis eam deferri impoſſibile eſt, ſibi verò inuicem eos obſtare multò minùs dici poteſt, cùm diuerſam habeant cauſam ſuccedendi. Denique nunquam lex ſeipſam deſtruit aut impedit, quod hîc eueniret ſi hereditatem ad quam viuo adhuc teſtatore fiſcum inuitauerat, legitimis heredibus poſt teſtatoris mortem deferret. Dicam amplius, Eadem ratione excludendos hoc caſu legitimos heredes, qua heres inſtitutus excluditur, id eſt, tanquam indignos, ſi indignus heres dicendus eſt ſecundum Papinianum quiſquis non retinuit defuncti voluntatem. Nam cùm quandiu paterfamilias teſtatus non eſt credendus ſit ſaltem animi deſtinatione heredes illos tacitè inſtituiſſe quos ſciat ſibi ab inteſtato ſucceſſuros *l.3.l.conficiuntur* 8.*de iur.codicill.* An non eam tacitam inſtitutionem quodammodo delet, ac vt ita dicam, legitimi heredis nomen, ſi non litura ſaltem literis inducit & cancellat, qui ſollemni teſtamento alium ſibi eligit ſucceſſorem? Dico *ſollemni teſtamento*, quoniā is qui minùs ſollemniter & non ſecundum leges teſtatus eſt nec teſtari voluiſſe credendus eſt, quia nec potuit velle, nec legitimi heredis ius lædere, niſi eo prorſus modo quo lex permittit, id eſt, iuſta ſollemnique voluntate. Ideóque ſi teſtamentum facere cœperit aut voluerit, nec perfecerit, aut ſi minus ritè ſit teſtatus, non auffert lex hereditatem à legitimis ſucceſſoribus, tanquam ab indignis, nec inuitat fiſcum: in quo potentius eſt ius legitimi heredis quàm inſtituti cuius nomen inductum eſſe ſufficit, nulla etiam ſollemnitate interueniente, vt indignus eſſe videatur, quia ius heredis ſcripti totum pendet ex teſtatoris voluntate, ita legē ipſa iubente, neminem enim lex vocat ex teſtamento, niſi quem teſtator ſcripſerit: At ius legitimi heredis totum pendet ex lege, non ex patrisfamilias voluntate, niſi hactenus vt heredem teſtamento ſollemniter ſcribere poſſit, atque ita legitimum ſucceſſorem excludere, quoniam & hoc ei lex permittit. Itaq; in legitimis hereditatibus tacita voluntas teſtatoris ſubſequitur expreſſam legis voluntatem. In teſtamentariis contra lex ſubſequitur, & confirmat volun-

voluntatem testatoris. Vnde est quod non habet lex pro indigno legitimum successorem cui paterfamilias voluerit adimere legitimam hereditatem per testamentum si non perfectè & sollemniter testamentum factum sit, sed indignum potiùs testatorem cuius voluntati subueniatur, qui non secundum leges testatus sit, sine quibus tamen non poterat testari. Potéstque vno tantùm casu legitimus heres instituto comparari vt indignus fiat, & fisco etiam legitima hereditas acquiratur, nimirum si is qui legitimam hereditatem captabat, testatorem prohibuerit testari siue prohibito introire testamentario siue qua alia ratione, *l.1. & tot.tit. Si quis aliq.test. prohib. D. & C.* Nam & scriptis heredibus eadem de causa aufferretur hereditas, si testator mutata voluntate aliud testamentum facere voluisset, & impeditus ab iis esset, *l. si scriptis 19. D. de his quib. vt indign.* At cùm sollēne testamētum factum est in eóque alius institutus quàm qui ab intestato successurus fuit, indignus sanè est agnatus ille proximus cui lex deferat hereditatem quam testator ei ademptam voluit, neque tamen ea legitimi heredis indignitas fisco locum facit, sicut indignitas heredis instituti faceret, quia testator indignum eum demonstrando alium sibi heredem fecit, quem dignum lex habet cui deferat hereditatem ex testamento, quippe quod ritè factum sit, & ex ipsius legis præscripto. Alioqui testamentarias successiones prohibere non confirmare lex debuisset, si testamentum ita fieri non posset, quin vel heredibus legitimis successio deferretur testamento inualido existente, vel fisco vindicaretur legitimo herede indigno facto per vtile validúmque testamentum. Denique cùm validum iustúmque testamētum illud sit ex quo possit moriēte testatore deferri hereditas heredi scripto, non potuit lex sine implicita apertáque contradictione, testamenti factionem inducere, & pariter fiscum ad hereditatem testamentariam inuitare, cùm si testamenti factio non esset permissa, nihil causæ subesset cur legitimis successoribus tanquam indignis hereditatem aufferri oporteret. Dices, eadem ratione illud quoque admittendum videri, vt testatore heredum institutorum nomina cancellante ipsius hereditas non fisco, sed legitimis successoribus deferatur: cùm non possit testator indignū putare heredem institutum, quin hoc ipso dignum faciat eum quem sciat sibi ab intestato successurum, siquidem testator nullus est qui nesciat hereditatis cuiuslibet duplicem tantùm esse differentiam, vt vel testamentariam illam esse necesse sit, vel legitimam. Sed neganda est consecutio. Est enim hac in re deterior condicio legitimi heredis inducto nomine heredis qui fuerat sollemniter institutus, quàm esse debeat heredis instituti sublata per testamentum spe legitimæ successionis, & quidem duplici de causa. Quarum altera est, quod heres legitimus iam semel ab ipso testatore indignus habitus fuit qui vnquam succederet: Institutus verò non item, quia nullum instituti ius fuit nec in re nec in spe, antequàm legitimo heredi per legem destinaretur hereditas, cùm tota spes instituti à testamenti die incipiat, quomodo è contrario spes est agnatum proximum esse successurum antequàm testamentum factum sit, & quandiu factum nullum est, indignus autem videri non potest vt aliquid consequatur is qui ius nullum habeat, at ne quidem spem vllam probabilem eius vnquam consequendi. Altera est quia testator cum pro indigno habet heredem legitimum condendo testamentum, hoc ipso alium heredem facit, de quo proinde dubitari non potest quin dignus sit qui &

ex testantis iudicio succedere debeat & ex lege quæ confirmat factum vtiliter testamentum. At cùm pro indigno habet heredem testamētarium, ipsius nomen cancellando, non idcirco quidquam facit ex quo possit constare ne quidem per coniecturam, quòd agnatum proximum legitimæ successionis iure dignum putet, quem semel indignum iudicauit. Non enim ob id solum desinere potest agnatus proximus indignus esse, quòd testamentarius quoque sit indignus. Quin potiùs cùm eo casu vterque ex iudicio testatoris indignus reperiatur, hereditas optimo iure tanquam caduca ad fiscū deuoluitur. Neque in eo vlla fit iniuria legitimo heredi qui iam fuerit exclusus per testamentum, quique non eo magis voluntatem testatoris semel amissam recuperasse dicendus est, quòd eam quoque institutus heres amiserit. Et certe multo difficilius est vt testatoris voluntatem regredi, quā progredi admittamus. Progreditur voluntas testatoris cùm à consilio excludēdi legitimi successoris, seipsam fert ad vtilem heredis institutionem. Eadem regrederetur eò vnde digressa esset, si per cancellationem nominis heredis instituti legitimos successores ad legitimam hereditatem reuocaret. Non nego regressum illum fieri posse, si testator velit, *d. l. 1. §. penult. si tab. testam. null. extab. dict. l. vlt. D. hoc tit.* Sed nego præsumendum esse testatorem de eo regressu faciendo cogitasse, nisi apertissimè probetur heredis nomen idcircò induxisse, vt intestatus moreretur, & eos haberet heredes quos ei lex ab intestato datura esset. Quid enim aliud facere posset, si neque legitimos, neque scriptos heredes habere vellet? Aut quidni ei imputabimus, non cur intestatus non decesserit, sed cur non dixerit cancellando nomen heredis scripti velle se decedere intestatum? Neque distinguo an vnius tantùm heredis nomē testator induxerit, an omnium si plures fuerint instituti. Omni namque casu fiscus admittitur pro eorum portionibus quibus actiones denegantur. Etsi cùm pluribus institutis quorundam duntaxat nomina inducta sunt, multò apertius est legitimis successoribus locū nullū esse, quoniam alioqui testator pro parte testatus, & pro parte intestatus decessisse crederetur. Sed tamen cùm deficiēs portio propter indignitatē heredis cuius nomē inductum est non coheredibus adcrescat, sed ad fiscū deuoluatur, ex eo intelligimus omnium quoque heredum nominibus inductis (quo facto nihil vetat et dici testatorem penitus intestatum) potiorem fisci causam esse debere quàm venientium ab intestato, quia quo casu nō possunt ex testamento coheredes habere ius adcrescendi quibusdam tantum portionibus deficientibus, eo casu nec si tota hereditas vacet ius legitimum succedendi locum habere non potest. Non enim debilius est ius coheredis testamentarij quòd ad retinendū ius adcrescendi pertinet, rato validóq; manente testamento, quàm ius legitimorū successorum ad succedēdum ab intestato rupto vel irrito facto testamento. Ergo si coheredes testamentarios vincit fiscus pro portionibus coheredum quorū nomina inducta sunt, multò magis aut saltem perinde vincet legitimos heredes omnibus heredum nominibus inductis: Et quemadmodum coheredibus testamentariis cū fisco concurrentibus non distinguitur cum Castrensi an eos heredes quorum nomina testator induxit expressè indignos declarauerit, necne, sed omnimodo fiscus admittitur, ita nec illa distinctio recipienda est, cum de legitimorum heredum iure contra fiscum disputatur. Probabilius dubitari potest an illa saltem admittenda sit, de qua iam diximus, Totumne testamentum cancella-

cancellatum sit, an sola nomina heredũ. Sed neque hãc admittendam puto. Quod enim totum testamentum cancellatum sit, ius fisci augere debet potiùs quàm minuere, vt non tantùm hereditas, sed etiam legata & fideicommissa omnia quæ eo testamento relicta fuerant à legatariis & fideicommissariis tanquam indignis aufferantur, & fisco vindicentur. Etsi potest ea res legitimis heredibus hactenus prodesse, vt si probare velint testatorem intestatum decedere voluisse faciliùs audiantur, possintque hoc casu sufficere leuiores probationes eiusmodi voluntatis, non quòd ex totius testamenti cancellatione præsumendum sit testatorem à successione testamentaria ad legitimam quam semel excluserit regredi voluisse, sed quia multò difficilius est, vt qui legata testamento bene facto relicta, & quæ nisi ex testamẽto deberi nequeant, non cancellauit, credatur voluisse mori intestatus, quàm qui totum testamentum cancellauit. Cæterùm siue totum testamentum cancellatum sit, siue nomina sola heredum, probatio à legitimis heredibus exigetur, si facere volent vti ne à fisco excludantur: non adhibita etiam illa distinctione, An plures vnius testamenti tabulæ fuerint eodem exemplo scriptæ, quarum alteras testator deleuerit, an vnæ. Illa námque distinctio si quando colorem habeat, tunc certè habet, cùm inter heredem testamentarium, & fiscum de hereditate contenditur, quia nullum fisci ius esse potest, vt à testamentario herede, tanquam indigno hereditatem aufferat, quandiu supersunt tabulæ ex quibus possit heres scriptus probare defuncti voluntatem se retinuisse, licèt aliud earundem tabularum exemplum testator consultò deleuerit. Idque est quod Papin. scribit in *d. l. vlt. quæ iure gesta sunt, præsertim cùm ex ceteris tabulis quas non abstulit res gesta declaretur, non constituentur irrita.* Sed quam à fisco metuere controuersiam, heres scriptus non potest, multò iustiùs à legitimis heredibus timere debet, si velint illi probare ideò incisas vel vnas tabulas vt ab intestato succederetur, licèt aliæ tabulę supersint. Tanta scilicet vis est incisionis & cancellationis quando apparet qua mente facta sit. Cùm si nulla incisio facta esset, non sufficeret testatorem dixisse velle se mori intestatum, ad infirmandas testamenti tabulas quæ iure valuissent. At inter fiscum & legitimum heredem nulla hoc casu incidere quæstio potest, vt distinctioni quoque locus aliquis esse queat, cùm fiscus per heredem scriptum excludatur, sicut & legitimus heres per fiscum, nisi cùm vtrumque hic vincit, probatà nimirum patrisfamilias voluntate de faciendo exitu intestati. Sola enim voluntas illa est, quæ & heredem scriptum possit à testamenti commodo summouere, tum quoque cum deleto exemplo vno testamenti aliud supersit, & fisci ius excludere, ne tanquam ab indigno ablatam sibi vindicet hereditatem. An quia reuera non faciat intestati exitum is qui moritur sine herede testamentario, siue totum testamentum, siue sola heredum nomina cancellauerit, nisi prætereà declaret velle se mori intestatum? Imò verò, moritur reuera intestatus is qui ex testamento heredem nullum habet, siue non fuerit testatus, siue fuerit, sed ita vt posteà hereditas ex eo testamento adita non sit, *dict. l. 1. in princip. de suis & legit.* Verùm quia noluit hic mori intestatus, qui ob eam causam testatus fuit, tametsi postea testamentum cancellauerit, non tam vt legitimis heredibus prodesset quibus iã testando nocuit, quantũ potuit, quàm vt institutos quoque à sua successione repelleret tanquã indignos, perinde habetur acsi neque intestatus

decederet, quia inteſtatus decedere noluit, neque teſtatus, quia nec facere potuit quantumuis volens vt vel teſtatus decederet ſine teſtamento, vel inductis heredum omnium nominibus teſtamentum aliquod ſaluum ſupereſſet. Itaque quod potuit decedere inteſtatus non voluit, quod voluit decedere cum teſtamento inductis nominibus heredum non potuit, vt & in *l. quoties 9. in princip. D. de hered. inſtit. l. multum intereſt 6. C. ſi quis alter vel ſib.* Sed tamen in hac implicitate & perplexitate conſeruat lex ipſius voluntatem, quantum poteſt, & excluſis primùm legitimis heredibus, qui non niſi contra voluntatem ſuccedere poſſent, auffert hereditatem etiam à ſcriptis quaſi ab indignis, eámque quaſi caducam applicat fiſco, tanquam nihil aliud ſit quod meliùs & iuſtiùs facere poſſit. Conſeruat tamen legata & fideicommiſſa, ſicut & portiones coheredum quorum nomina inducta non ſunt, quoniam ea interpretatio non ſolùm humanior eſt, ſed etiam teſtatoris voluntati conuenientior, qui vtique ob cancellationem quam fecit, non poteſt videri mutaſſe voluntatem, niſi quatenus cancellauit. Nec tamen hac in re vis vlla ſit legibus. Nam quod dicitur ex teſtamento, in quo nullus heres ſcriptus ſit, aut ex quo non ſit adita hereditas, neque legata, neque aliud quicquam deberi, *l. ſi nemo 9. D. de teſtam. tutel. l. ea quam* 14. *C. de fideic.* tunc obtinet, cùm vel ab heredibus legitimis & ab inteſtato, vel à nemine ſucceditur. At in propoſito ſuccedit fiſcus, & quamuis non ex teſtamento, quia non fuit ſcriptus heres, tamen propter teſtamentum, cùm ſi teſtamentum nullum factum eſſet, ſuccedere ipſe non poſſet. Adeóque ſi non ex iure heredis ſcripti, ſaltem in vicem & locum ipſius, vindicans ſibi eam hereditatem quam ſcriptus heres habiturus erat, ſi non fuiſſet indignus. Cur ergo meliore condicione eſſe debeat, quàm futurus erat inſtitutus heres, vt ea quoque legata & fideicommiſſa ſibi applicet quæ non fuerunt cancellata? An fortè indignitas heredis facere potuit indignos legatarios, qui teſtatoris voluntatem retinuerunt? An verò cogendus fuit teſtator, vt inuitus vel eos haberet heredes ab inteſtato quos noluerat, vel eos ex teſtamento quos ſcripſerat, ſi legata & fideicommiſſa ſalua eſſe vellet, aut propter heredum ſcriptorum offenſam, legatis quoque & fideicommiſſariis qui non offenderant liberalitatem ſuam præriperet? Et vero fiſcum hoc caſu ſuccedere, nô quaſi nullo facto teſtamento, ſed quaſi ſalua cauſa teſtamenti, ex eo colligi poteſt, quòd ſi quorundam duntaxat heredum nomina inducta ſint, ſuccedit fiſcus cum cæteris qui ex teſtamento ſuccedunt: quòd fieri non poſſet ſi ſuccederet pro indignorum portionibus, tanquam eatenus inteſtato patrefamilias defuncto. Sic enim eueniret vt pro parte teſtatus, pro parte inteſtatus ille deceſſiſſe intelligeretur, & quidem non ex poſtfacto, vt in *l. circa 24. D. de inoff. teſtam.* Sed ab initio & mortis tempore inſpecto, quod iuris regulę non patiuntur. Quod ſi pro parte illius ex heredibus, cuius nomen inductum eſt ita ſuccedit fiſcus vt ne pro ea quidem parte teſtator inteſtatus habeatur, quamuis non eo magis ſuccedat ille ex teſtamento, in quo non fuit inſtitutus. Æquè fatendum eſt omnibus heredum nominibus inductis, aut ſi vnus tantum ſcriptus fuerit, eius nomine cancellato, fiſcum non quaſi ab inteſtato ſuccedere, in quo ſucceſſionis genere à legitimis heredibus proculdubiò anteuerteretur, ſed potiùs quaſi ex teſtamento, id eſt, quodammodo ex perſona heredis inſtituti in cuius locum ſubintrat, qui que ex eo teſtamento legata & fideicommiſſa non cancellata debiturus fuerat, ſi ſuccedere potuiſſet.

ſet. Quanquam non eſt inficiandum eam Imperatoris optimi conſtitutionem, quæ legata & fideicommiſſa non inducta conſeruauit æquitate magis niti quàm ſummo iure,& contra legatarios pronunciari, non ſine ratione potuiſſe,ſi iuris ſtricti colorem auari alterius Principis rapacitas,æquitati & voluntati teſtatoris anteponere voluiſſet.Illud ſanè magis mirum eſt,nec aliam rationem quàm libertatis fauorem habere poteſt,quod ſcriptum eſt in *d.l.3.in fin.*Etiam inducto nomine ſerui,quem teſtator liberum eſſe iuſſerat, liberum nihilominùs eum fore.Hoc enim ſi ſic intelligas quomodo Hugolinus intellexit,vt libertates quamuis inductæ & cancellatæ debeantur, pugnabit euidenter,cũ ſẽtẽtia proximè præcedenti,quæ habet voluiſſe teſtatorem irrita eſſe omnia quę induxit. Eſt.n.ea ſententia generalis, nec minùs ad libertates quàm ad cætera legata & fideicommiſſa pertinens,cùm libertatis fauor nullus ſit contra expreſſam teſtatoris voluntatem. Rurſus ſi cum Azone & Accurſio dicas intelligi id debere, cùm non apparet an conſultò an inconſultò inducta ſit libertas,quaſi priuilegium libertatis illud ſit,vt in conſultò deleta præſumatur,cùm aliud ſit in cæteris legatis,ſi inductio facta ſit à teſtatore,quod &in dubio præſumendum eſt,quando habuit ille penes ſe ſcripturam teſtamenti,vt Caſtrenſ.poſt Bart.& Bald. tractat ad fin. *l. hoc tit.vereor ne vim facias verbis legis*. Tota enim reliqua lex eſt de inductione & cancellatione quam teſtator conſultò fecerit.Itaque probabiliùs arbitror vt ea verba,*nomen ſerui quem liberum eſſe iuſſerat, induxit*, de eo ſeruo accipienda eſſe qui non ſolùm liber,ſed etiam heres ſcriptus fuiſſet. Id enim erat frequentiſſimum,vt ſerui & liberi & heredes ſimul ſcriberentur. Ideóque inducto illius nomine & libertas & hereditas ſimul reuocata videbatur.Contrà tamen placuit Imperatori liberum eum nihilominus fore, quaſi per inductionem ſola hereditas ablata eſſet,non etiam libertas, quam nihil vetabat vtiliter datam eſſe ei quoque qui heres non eſſet, cùm poſſit libertas ſine hereditate ſeruo obtingere, non item hereditas ſine libertate. Háncque interpretationem noſtram illud valdè adiuuat,quod in principio legis Marcellus refert diu de legatis fuiſſe dubitatum, & maximè de legatis collatis in eos heredes quorũ inſtitutio fuerat inducta.Etſi non potuit de ea libertate dubitari quæ legata fuiſſet ſeruo heredi inſtituto,quia cũ nõ poſſet ſeruus heres eſſe quin liber eſſet,nec legatum libertatis valeat,niſi ab adita hereditate, *l. vnic. §.in nouiſſimo. C.de caduc. tollend.* neceſſe fuit libertatem cum hereditate dari, ac proinde vtramque titulo inſtitutionis. Et in eo nimirum verſatur fauor libertatis, quod quamuis ſimul cum hereditate data eſſet, & hereditas ablata fuiſſet propter inductum nomen ſerui, nihilominùs libertas competat, &quidem ipſo iure.Sic enim explico verba illa,*quòd videlicèt fauore conſtituit libertatis*. An quòd cætera legata iis facta, quorum inſtitutio inducta fuerat non debeantur? Imò verò debentur, *d. l.cùm quidam 12.de his quib. vt indign.* cùm ea tantùm irrita eſſe placeat, quę inducta fuerunt, inſtitutio autem ſola inducta proponatur, non etiã legata, vt probant verba illa, *quæ adſcripta erant his quorum inſtitutio fuerat inducta*. Sed quia etiam inducta inſtitutione nihil vetabat conſeruari legata quæ ſeparatim data eſſent,quæque cum inſtitutione nihil commune haberent.quãdoquidem ſi vni ex heredibus aliquid legatum ſit, & is portionem ſuam repudiauerit, conſequitur totum legatum, cuius partem duntaxat legati iure habiturus erat,ſi adiiſſet,*l. qui filiabus 17.§.vlt.cum l.ſeq. de legat.1.* Lega-

túmque libertatis ei datum qui scriptus heres non fuisset, priuilegium nullum in hac re habere poterat. Libertate verò cum hereditate simul data, difficile erat vt libertas ei salua esse deberet, cui hereditas aufferretur, nisi fauor libertatis eam sententiam extorsisset. Hoc etiam colore quod æquum non esset deteriorem condicionem esse libertatis quæ cum hereditate data esset, quàm eius quę sine hereditate. Præsertim cùm libertatem hereditati coniunxisset necessitas, potiùs quàm quòd testator sensisset, vt ita demùm libertas seruo competeret, si hereditas quoque ei deferretur. Atque ita totum hunc titulum explicandum esse arbitramur, non quomodo passim cæteri interpretes, qui heredem scriptum, cuius nomen consultò inductum sit ex testamento heredem esse volunt, posséque adire quamuis indignum, nisi facta sit inductio ea mente vt legitimi heredes admitterentur, quemadmodum Paul. Castrens. distinguit ad *d. l. vlt. hoc tit.* Sententiam nostram apertè illud confirmat, non solùm quod ex Iuliano diximus in *d. l. si ua scriptum* 8. *§. si autem de bon. poss. sec. tab.* heredem cuius nomen perductum fuit, non intelligi scriptum ad adeundam hereditatem (vt intelligamus haberi pro scripto, quod ad alias causas personásque attinet, putà ad legitimos heredes excludendos, & ad legata fideicommissáque omnia tanquam ex testamento conseruanda) verumetiam quod Marcellus in *d. l. 3. in princ.* bona huiusmodi caduca esse scribit, & fisco tanquam caduca vindicari, quod & Papin. scribit in *d. l. cũ quidã.* Item quod in ead. *l. 3.* scriptum est in hæc verba; *nonnullos opinari id iure ipso perimi, quod inductum sit, cætera omnia valitura.* Non enim is sensus est, quasi sint nonnulli, qui contrà opinentur ipso iure non perimi quod inductum fuit, sed vt non deessent qui hereditatem à legatis distinguerent, & quamuis ipso iure perempta institutione per inductionẽ, legata nihilominùs valere contenderent. Rursus quod in ead. l. sequitur ex verbis Imperatoris, *hereditas eius ad eos qui scripti fuerint pertinere non videtur.* Quo enim iure liceat cuiquam adire hereditatẽ quę ad eũ non pertineat? Nec est contrariũ quod in *l. 1. § sed consultò quidem*, Vlp. scribit, *consultò deleta petentes exceptione repellendos esse.* Id enim ad institutiones heredum non pertinet, quæ à nemine peti possunt, sed ad legata cæteráque huiusmodi ab heredibus ipsis præstanda, quæ licèt ipso iure non debeantur cùm deleta sunt consultò, quia tamẽ hoc ipsum, An consultò deleta sint, nécne plerũque obscurũ, & in facti quæstione positũ est, peti proculdubio possunt de facto, vt pragmatici vulgò loquuntur, magis quàm de iure, ideóque exceptione repelluntur, ex quo apparuit consultò deleta esse: quia propositã semel actionẽ necesse est elidi per exceptionem, quæ ipsa tamen non potest non esse iusta ad eum repellendum, cui nec ab initio actionem dari debuisse ex euentu constat. Idem enim plerisque aliis casibus euenit, vt propter implicitam facti quæstionem actio ei detur, qui ex iuris ratione, si de facti veritate ab initio constaret, nullam actionem habere deberet & consequenter vt exceptionis auxilium necessarium sit ei qui alioquin satis tutus sit ipso iure. In heredibus non idem tractari potest. Etsi enim heredũ nominibus & institutionibus inductis ęquè distinguendum est an consultò facta sit inductio, nécne, hereditas tamen non petitur sed acquiritur, & quidem ex legis potestate, iuncto facto heredis adeuntis. Lex autem certa est an consultò deleta sint nomina heredum, an inconsultò, licèt id ab hominibus ignoretur quoniam ea tantum quę futura sunt, & incerta lex ignorat, non etiã prę-
terita

terita vel præsentia quæ per rerum naturã sunt certa, *l.cùm ad præsens* 37.*& seqq. D.de reb.cred.* ob idque non defert hereditatẽ heredi cuius nomẽ consultò deletũ fuit,& quẽ scit illa esse indignũ. Ita fit vt nec si millies eam hereditatem adeat aut pro herede gerat,sibi tamen possit acquirere,quia delatam hereditatem esse necesse est priusquàm per aditionem acquiri queat, *l. nec is* 17.*§.vlt.l.illud* 77.*& pass. D.de acquir. hered.l.delata* 151.*de verb.signif.* delatio autẽ non per testamentũ fit aut per testamẽti scripturam,præsertim cancellatã,sed per legẽ mortuo demũ testatore, si testamentũ ab initio valuerit,neque testatoris voluntas aut testamenti validitas medio tempore interciderit. Ideóq; quamuis heres adierit,cuius nomen inductum fuit,actiones tamen hereditariæ ipsi denegantur, vt ait *l.* 2. quia non nisi ei qui verè heres sit,& quem lex per aditionẽ heredẽ fecerit,cõpetere possunt. Alia ratio est heredis qui ob id indignus existimatur, quod defuncti necẽ vltus nõ sit de quo in *l.si sequens* 15.*& tot.tit. D. ad SC.Silan.* Hic enim cùm defuncti voluntatem retinuerit,adire sine dubio potest, herésque fieri per aditionẽ, adeò vt nec nisi postquàm heres factus fuit, indignus videri possit,quia non aliter incidit in Senatusconsultum quàm si ante habitam de occisi familia quæstionem adierit hereditatem,vel bonorum possessionem petierit.

Ad § vlt.l.si quis seruum 8.& ad l.cùm autem 9. de legat.2.

CAP. XVIII.

LEGARI posse partem hereditatis & partem bonorum nemo dubitat. Sed quænam inter huiusmodi legata differentia sit, nemo fortasse ad hæc vsque tempora benè explicauit. Esse autem differentiam aliquam contendunt omnes, probarique putant ex *l. si quis seruum* 8.*§.vlt.*iunct. *l.seq.de legat.*2. vbi scriptum est, si hereditatis pars legata sit, non esse deducendum æs alienum, si verò pars bonorum, deducendum esse. Quod ab Accursio, Bartolo, aliisque omnibus interpretibus passim sic accipi video, vt ex legato hereditatis æs alienum non deducatur, sed pro qua parte legata est hereditas, iura omnia & actiua & passiua transeant in legatarium,quia hereditas est nomen iuris,ita vt aduersus legatarium istum hereditatis perinde actiones competat creditoribus hereditariis, atque contra ipsum heredem. Ex legato autem partis bonorum deducatur æs alienum,quia bona non intelliguntur nisi deducto ære alieno,cùm bonorũ nomen simpliciter & naturaliter sumptum non sit nomẽ iuris,sed corporum, ideóque fieri nequeat, vt ex legato partis bonorum actiones hereditariæ saltem passiuæ in legatarium transferantur. Proinde si ex legato partis bonorum æs alienum non deduceretur, euenire necesse esset vt bonorũ commodum legatario acquireretur,incõmodum verò penes heredem remaneret, quod nec voluntati testatoris, nec æquitati consentaneum videretur. Loquuntur autem interpretes de legato partis bonorum, quia si bona omnia legata essent, non dubitant quin perinde sit acsi hereditas ipsa legata esset, vt hoc casu legatarius bonorum omnium, non minùs heredis loco sit, quàm si bona omnia per fideicommissum relicta proponerentur, cuiusmodi fideicommissum vniuersale esse certum est, vt non magis bona

mobilia & immobilia quàm iura & actiones comprehendat *l. nam quod* 14. *§.vlt.cum duab.seqq.D.ad SC.Trebell.* Eandem namque rationem esse volũt legatorum vniuersalium & fideicommissorum vniuersalium, sicut legata & fideicommissa singularia in omnibus, & per omnia fuisse exæquata constat *l.1.de legat.1.* Vnde illud etiam inferunt, si nõ bonorum, sed hereditatis pars legata fuerit, cogi posse heredem qui suspectam hereditatem dicat, vt hereditatem adeat, eámque partem restituat, quia & si per fideicommissum ea pars hereditatis relicta esset, cogi posset heres ad adeundam & restituendam hereditatem, & vtroque casu actiones transeant tam in legatarium, quàm in fideicommissarium partis hereditatis, quod post Accursium expressim tradit Bart. ad *l. mulier 22.§.vlt.D.ad SC.Trebe.*. Ita fit si interpretibus credimus, quod & ipsi fatentur, vt in effectu nihil planè intersit an hereditatis pars legata sit an bonorum, nec nisi verbalis, vt aiunt, & vocalis differentia illa sit, quam à prudentibus traditam volunt in *d.l.si quis seruum §.vlt.& l.seq.de legat.2.* Siquidem vtroque casu volunt, onus æris alieni re ipsa sequi legatarium, qui vtique deducto ære alieno tanto minus percipiat ex legato cùm legata est pars bonorum. Nulla verò facta deductione, idest, cùm legata fuit pars hereditatis, pro ea parte creditoribus respondere tenetur. Quid enim refert an legatarius obligetur ad æs alienum soluendum creditoribus, an heredi? Hoc verò primum est quod facit ne mihi hæc interpretum traditio probari possit, licèt subtilem eam dicat Castrensis, & probet. Non enim possum credere prudentes in differentia illa proponenda, quæ extat in *d.l.8. & 9.de legat.2.* ad sonum verborum magis quàm ad rei effectum respexisse. Nec illud rursus intelligo, qua ratione fieri queat, vt in legatarium partis hereditatis transeant actiones. In eóque potissimùm & ingenia, & imprudentiam nostrorum interpretum demiror. Etsi namque non ignoro hereditatis appellatione iura quoque & actiones contineri, quę tota eorum ratio est, id tamen ad eam hereditatem pertinet, quæ verè sit hereditas, id est, quæ faciat heredem, & heredi ipsi per legem deferatur, non ad eam quæ iam semel heredi acquisita, desierit esse hereditas, factáque sit patrimonium heredis. Qualis proculdubiò illa est, quæ legatario partis hereditatis ex legato debetur & acquiritur. Non enim legatum huiusmodi facere potest, quominùs heres institutus reuera heres sit, & quidem ex toto asse, cùm nec aliter legatum hoc deberi possit, vt neque cætera quin hereditas adita sit *l.si nemo 9.D.de testam.tutel.l.ea quam 4.C.de fideicom.* quæ porrò cùm heredi acquiri pro parte non possit, necesse est vt ei vel inuito in solidum acquiratur. Nec est quod quis obiiciat legatum ita facere rem legatam legatarij, vt hereditas facit heredis res singulas, *l.legatum 80.de legat.2.* Id enim ita verum est, si hereditas sit adita, quia per aditionem confirmari legata omnia necesse est, vt eorum dominium ex postfacto appareat recta via transiisse à testatore in legatarios, *l.si tibi homo 87.§.cum seruus de legat.1.iũct.l.à Tutio 64.D.de furt.* Cúmque fiat ea dominij translatio per retrofictionem, sicut & heres ipse quandocunque adeat hereditatem, iam inde ab ipso die mortis eam adiisse retrofingitur, *l.heres quandocunque, D.de acquir.hered.l.omnia, de regul.iur.* est res hæc ex earum numero in quibus quid anteà fuerit, ex euentu apparet, *l.quædam 15.D.de reb.dub.l.qui res 98.§.rem autem. D.de solut.* Nam si legatarius repudiet legatum, nunquam eius fuisse intelligitur. Contrà verò si id agnoscat, transit in eum rei legatę dominium

recta

recta via, id est quasi nunquam factum heredis. Atqui non potest agnoscere nisi adita demum hereditate, vt dixi. Consequens igitur est vt quamuis perinde fiat dominus rei legatæ, ac heres ipse sit dominus hereditatis, non possit tamē hereditatis dominus fieri is cui pars hereditatis legata est, quia & iuris intellectu, & naturæ ordine prius est vt hereditas heredi deferatur & acquiratur, quàm vt legatum etiam hereditatis, legatario acquiratur, aut acquisitum retrofingatur. Legatum enim hereditatis nō magis quàm legatum fundi potest facere heredem, quia per hereditatem is demum heres fit cui lex ipsa defert hereditatem, non cui hereditas ab homine datur siue legati iure siue fideicommissi, lex autem non alij quàm heredi scripto defert hereditatem ex testamento, sicut nec ab intestato alij quàm vel suo heredi vel agnato, cognatóve proximiori: nunquam legatario, nec si millies hereditatis legatarius proponatur, quia nec legatum ex testamento aliter valere patitur, quàm si testamentum ipsum valeat, quod porrò sicut ex heredis institutione vires accipit, ita ex hereditatis aditione confirmari necessario debet vt legatum debeatur. Et verò quomodo fieri posset, vt legatum partis hereditatis acquireretur legatario si heres non nisi pro alia hereditatis parte quæ legata non esset, heres fieret? A quo partem illam sibi legatam haberet legatarius? An fortè à seipso? An ab herede qui pro hac parte legata, heres neque fuisset vnquam, neque fuisse retrofingeretur? An denique à testatore ipso qui legatarium hunc esse voluit non heredem, aut à lege quæ testatoris voluntatem subsecuta nunquam alium facit heredem, quàm cui priùs testator ipse dederit hereditatem, & quidem tanquam heredi & iure vniuersalis successionis, nō iure legati? Porrò hoc admisso, quod nisi euersa tota iurisprudentia negari non potest, legatum partis hereditatis non facere vt legatarius heres sit, nec proinde quominùs heres institutus ex toto asse sit heres. An non illud etiam admittendum est, legati huius vim illam esse nō posse vt faciat eum qui verè & ex toto asse heres fuerit desinere heredem esse? Id enim etiam repugnaret certissimæ iuris regulæ, quæ non patitur vt vllo casu semel heres desinat esse heres, *l. ait prætor* 7. *§. sed quod Papinianus De minor. l. ei qui soluendo* 88. *de hered. instit.* nisi cùm vel per querelam inofficiosi testamenti euersum est testamentum, *l. circa* 24. *& pass. D. de inoffic. testam.* vel heres factus in seruitutem redactus est, *l. ex facto* 43. *§. vlt. De vulg. & pupil. subst.* Atqui quisquis heres est siue ex testamento siue ab intestato, in eum necesse est transire actiones iuráque omnia & actiua & passiua, vt & à creditoribus hereditariis solus conueniri possit, & actiones hereditarias contra debitores solus exercere, cùm successor sit vniuersi iuris quod habuit defunctus, eáque iurium omnium translatio fiat sola potestate legis duodecim tabularum, quæ hac in re de solis heredibus non etiam de legatariis locuta est, *l. 1. C. si cert. petat. l. 2. l. vlt. & pass. C. de hered. action.* Nec quod hereditas legata sit non res singulæ, facere potest legatarium iuris successorem, vt nec heredem, quia ex quo instāti heredi acquisita est per aditionem hereditas desiit illa esse hereditas, cœpítque dici & re vera esse patrimonium heredis. Nam cùm hereditas sit nomen iuris sola legis potestate ac factione inductum, vt heredem facere lex posset, & vt ante aditionem non desit persona quæ defuncti vicem & personam repræsentet, quemadmodum pluribus aliis locis tractatum à nobis & explicatum

est, apparet hereditate adita, nullam huiusmodi fictionis retinendæ ac perpetrandæ necessitatem subesse, quia heres ipse est qui cùm non sola fictione iuris sed reuera & homo & persona sit, defuncti hominis personam multò melius & commodius repræsentat. Quòd si hereditas per aditionem esse desinit, aditionem verò hereditatis præcedere necesse est vt legatum partis hereditatis deberi possit, optima & necessaria consecutio est legatarium etiam cui pars hereditatis soluta sit ab herede, non idcirco vel heredem vel iuris successorem fieri posse, quia sola hereditas illa est quæ iuris potestate heredem facere possit, & quod idem est iuris successorem, non autem nudum nomen hereditatis impropriè & abusiuè sumptum. Alioqui dicendum esset hereditate post aditionem vendita, q. æ nec antè vendi potest, emptorem heredem fieri, & tanquam heredem, quod esset omnino consequens à creditoribus hereditariis conueniri debere, quod tamen falsum esse constat. *l. 2. C. de hered. vel act. vendit. l. 2. C. de pact.* Similiter dicendum esset, etiam ante senatusconsulti Trebelliani tempora, ita ius fuisse vt ex fideicommissaria hereditatis restitutione actiones in fideicommissarium transferrentur, quod si verè diceretur, non erat cur in eam rem fieret senatusconsultum, cuius tamen autoritas vel ob id vnum fuit necessaria vt actiones hereditariæ ab herede in fideicommissarium transferri possent. Nam vt cogeretur heres ad adeundam & restituendam hereditatem quam vel repudiasset vel suspectam diceret, non Trebelliano senatusconsulto factum est sed Pegasiano. Hæc verò omnia cur ita? Nisi quia cùm hereditas venditur, aut ex fideicommisso restituitur, iam desiit ea esse hereditas quæ possit facere heredem, nec dicitur hereditas quia est, sed quia fuit, & vt appareat facta confusione vtriusque patrimonij & quod fuerit testatoris, & quod ipsius heredis proprium, non aliud tamen patrimonium in venditionem aut fideicommissi restitutionem venire, quàm quod à testatore ad heredem peruenerit. Nam cùm à proprio heredis patrimonio separandum sit, non aliter tamen aut commodius separari potest quàm si hereditas dicatur quod aliquando fuit hereditas, licet nunc neque hereditas sit, neque fieri amplius possit *l. vlt. D. si pars hered. petat.* Indéque est quòd quemadmodum vendita hereditate id demum intelligitur venditum quod ex hereditate ad venditorem peruenerit, ita nec aliud peruenisse creditur, quàm quod peruenit, non prima ratione (quoniam ita fieret vt hereditas ipsa qualis quantáque fuit ante aditionem vendita diceretur, & consequenter cum onere æris alieni, & cum eo commodo vt perinde fieri posset heres emptor ac fuit heres venditor) sed cum effectu vt Vlpianus loquitur in *l. 2. §. peruenisse D. de hered. vel act. vendit.* vbi ex hoc infert deducendum esse æs alienum, non quasi ea quæ verè est hereditas dici possit aut intelligi deducto ære alieno vt parum subtiliter quidam putant, sed quia nec hereditas amplius est post aditionem, sed patrimonium venditoris, quod cùm non possit ipso iure sequelam habere secúmque trahere alieni æris hereditarij, obligationem, quandoquidem venditor heres manet, necesse est deduci æs alienum non vt quantitas bonorum venditorum per eam deductionem minuatur, quando minueretur legatum bonorum in specie, *dict. l. cum autem 9. de legat.* 2. sed vt si venditor post venditionem conuentus à creditoribus hereditariis coactúsque iis soluere volet indemnitatē cōsequi ab

ab emptore actione ex vendito, non possit emptor obiicere sibi vendita fuisse bona hereditaria, nullo affecta onere aut incommodo, totiusque æris alieni onus penes venditorem qui heres manserit, remansisse. Nomen enim ipsum hereditatis venditæ ostendit, quamuis hereditas illa vere non fuerit, tamen id actum fuisse inter contrahentes, vt emptor loco heredis constitueretur, nec proinde aliud commodum ad emptorem ex emptione spectare possit, quàm quod venditor erat retenturus si hereditatem non vendidisset. Non fuit autem retenturus nisi quantum deducto ære alieno superfuisset, quoniam ad quantitatem vsque æris alieni tantò minùs ex hereditate ad eum peruenit, potéstque dici tanto factus pauperior ex causa æris alieni quantò factus est locupletior ob repertam in hereditate quantitatem eam bonorum quam distrahi necesse erat vt creditoribus hereditariis satisfieri posset: exemplo eius quod Papinianus scribit in *l.quod bonis* 15. §. *ex donationibus D.ad leg.falcid.* Adeò autem verum est solum nomen hereditatis non posse facere, vt alio herede existente is in quem hereditas ita transfertur, ne tamen heres fiat, obligetur æri alieno, vt etiam hodie restituta ex Trebelliano hereditate possit adhuc heres à creditoribus hereditariis & legatariis conueniri summo iure, non minùs quàm si hereditatem non restituisset, hac sola differentia, quod si ab iis conueniatur, habet exceptionem hereditatis restitutæ, sicut & agens ex vi directarum actionum contra debitores hereditarios, quod etiam stricto iure facere potest, eadem restitutæ hereditatis exceptione repelli potest *l.ita tamen* 27. §. *qui ex Trebelliano D. ad S C.Trebellian.* nimirum quia senatusconsultum Trebellianum sicuti facere non potuit vt heres per hereditatis restitutionem heres esse desineret, ita neque vt actiones directæ quæ & heredi & in heredem ex duodecim tabularum lege competunt, in fideicommissarium transferrentur sed vtiles duntaxat *l.1.l.si heres 73.& pass.eod.titul.* non magis quam vt in veri heredis persona non remaneant actiones omnes quibus defunctus, & conuenire potuit, & conueniri. Quid enim aliud est heredem esse quàm iurium & actionum omnium quæ & defuncto, & contra defunctum competierunt, inque eius hereditate constiterunt, esse manerèque successorem? Atqui, vt ad legatum partis hereditatis de quo agimus redeamus, nemo dixerit maiorem illius legati vim esse debere ad transferendas in legatarium hereditarias actiones, quàm fideicommissi vniuersalis hereditatis restituendæ, vel ex ipsa interpretum traditione, quæ vult legata vniuersalia fideicommissis vniuersalibus fuisse exæquata. Ergo fatendum est, soluto quoque huiusmodi legato, heredem perinde creditoribus hereditariis ipso iure obstrictum manere, acsi nulla pars hereditatis fuisset legata, nec aliter eius indemnitati consuli posse quàm si accommodetur ei exceptio quæ post restitutam ex fideicommisso hereditatem ei accommodaretur. Quænam autem exceptio? An illa ipsa de qua modò diximus, restitutæ hereditatis? Nequaquam. Non enim solutio legati partis hereditatis, restitutio hereditatis est. Siquidem cùm hereditatem restitui dicimus, hoc significamus, Heredem fideicommissario reddere quicquid habuit ipse à defuncto, vt in heredis locum fideicommissarius substituatur: quia nec de alio intelli-

gitur rogatus heres qui rogatus est hereditatem restituere, quàm vt suo loco fideicommissarium constituat *l.2.D.eodem titulo*, nec fieri potest, vt fideicommissi commodum vllum acquiratur fideicommissario, nisi per manum heredis, & interueniente ipsius facto in ipsa hereditatis restitutione. At legatum hereditatis non per manus heredis acquiritur legatario sed vt cætera legata omnia ipso iure, ac sola legis potestate, heredis nunquã factum, quemadmodum suprà diximus ex *d.l.legatum 80.De legat.2.* quamuis non sim nescius Bartolum separare hac in re legata vniuersalia à singularibus, quasi singularium ius proprium illud sit, non etiam vniuersalium vt eorum dominium recta via transeat à testatore in legatarium, ex *l.non amplius.§.cùm bonorum*, vbi sic ille *De lega.1.* In quo etiam sanè fallitur. Eadem enim quod ad omnia legata pertinet vis & potestas legis est, vt quemadmodum hereditatem quantumlibet sit illa ius vniuersale ita defert heredi, vt statim faciat illius res singulas, ita & legata parte hereditatis faciat legatarii pro ea parte res singulas quæcunque in hereditate reperiuntur. Nam & hoc legatum eodem prorsus iure ac modo quo cætera, hereditatis delibatio est, cùm testator ex eo quod vniuersum heredis futurum erat, id est ex tota hereditate partem hereditatis legatario collatam voluerit, neque diuersitatis ratio reddi potest, cur legata parte hereditatis non possit lex facere legatarii pro ea parte res singulas, æquè ac faceret heredis totas res hereditarias, si legatum nullum factum esset, aut legatarii legatam rem singularem. Nec Bartolum mouere debuit, quòd legata parte bonorum non corpora ipsa debentur, sed eorum æstimatio *d.§.bonorum.* Id enim propriam habet rationẽ, quia cùm ex eo legato deducendum sit æs alienum, quod tamen ex ipsis bonorum corporibus deduci non potest non magis quàm ex iure *l.cogi 16.§. inde quæritur D.ad SC.Trebell.* non aliter potest fieri vt legatum præstetur eo modo quo testator voluit, quàm si bonorum æstimatio ineatur, vt ita cõuersis corporibus in pecuniam, quantitas ex quantitate deducatur, & quod deducto ære alieno supererit, id demum præstetur. Id verò legata parte hereditatis, non similiter tractari possit, quia ex eiusmodi legato non est deducendum æs alienum, vt rescripsit Diuus Pius, ideóque nihil impedit quominus singularum rerum dominium recta via in legatarium à testatore trãsferatur. Nullo igitur facto heredis in eam rem opus est, nulla restitutione, vt legatarius heredis loco substitutus dici possit, & consequenter si qua exceptio heredi danda esset aduersus hereditarios creditores ob legatam alteri partem hereditatis, non posset illa dici exceptio restitutæ hereditatis. An ergo exceptio præstiti legati? Atqui prorsus incognita, & ante hunc diẽ inaudita est talis exceptio, neque verò competere potest quia nec præstatio vlla legati necessaria est, vt nec restitutio hereditatis ad dominium, in legatarii personam transferendum, sufficiente videlicet legis potestate. Ergo nulla exceptio est cuius remedio possit consuli huic heredi à quo pars hereditatis relicta est, quominus & creditoribus & legatariis omnibus non solùm stricto iure, sed etiam cum effectu in solidum teneatur, nec si ius illud quod à senatusconsulto Trebelliano in fideicommissariis hereditatibus constitutum fuit ad legatum hoc transferre velis, quod pertinet ad vtilium actionum translationem, cùm non idcircò exceptionem hereditatis restitutæ inductam fauore fideicommissarij ad legatarium hũc, vt di-

vt diximus, porrigere possis. Quamquam nec illud defendi potest senatusconsultum Trebellianum quod de fideicommissariis tantùm hereditatibus locutum est, ad hereditatis legatum porrigi debere, non ob id solùm quòd de legatis nihil dixerit, quódque in legatis locum non habeat ratio illa quæ Senatum præcipue mouit, quia nemini fidem suam periculosam esse oportet vt ait *l. 1. ad. tit.* (legata enim non ex heredis fide pendent sed ex legis iurisque ciuilis potestate cui fuerunt incognita fideicommissa) sed quia neque fieri potuit, vt de legatis senatusconsultum loqueretur siue vniuersalia essent, siue singularia, propter eam rationem quam iam attigi? quòd cùm fideicommissa omnia ex heredum fide pendeant, nec ante restitutionem ab herede factam fideicommissario acquiri possint, non fuit difficile facere vt in heredis locum per fideicommissi restitutionem fideicommissarius substitueretur, atque ita in eum iura omnia & actiua & passiua transferrentur, quæ penes heredem fuerant remansura. Neque lex vlla fuit impedimento quominus actiones vtiles & fideicommissario & contra fideicommissarium competerent, herede manente herede, ideóque penes se directas retinente. In legatis verò etiam partis hereditatis, non illa tantùm ratio directarum actionum translationem impedit, quòd heres non eo minùs ex toto asse heres fiat, factúsque maneat, vt diximus, sed illa etiam ne vtiles trãsferri possint facit, quod legatum non aliter valeat quàm si per legem duodecim tabularum confirmetur, quæ porrò quoties legata confirmat eodem prorsus modo confirmat quo & ipsam heredis institutionem, fit enim totius testamenti confirmatio iisdem verbis illis legis generalibus *paterfamilias vti super sua re legassit, ita ius esto.* Sic euenit, vt sicuti hereditas delata per legem acquiritur heredi nullo alterius hominis quàm heredis ipsius adeuntis facto interueniente, ita & eiusdem legis potestate legata, & deferantur legatariis & immediatè acquirantur, non per manus heredis, cuius facto alio non est opus, quàm vt adeat hereditatem. In eo namque solo plus iuris habet heres quàm legatarius, quòd hereditatis delatio non habet condicionem illam tacitam, si legatarius agnoscet legatum, legati autem delatio necessariam habet condicionem, si heres adierit hereditatem. Cæterùm adeunte herede tam citò fit legatarius dominus rei legatæ, quàm heres, dominus singularum rerum hereditatis non legatarum, nec transfertur dominium legati in legatarium ab herede, quomodo transfertur in fideicommissarium, sed à testatore. In fideicommissarium præsertim vniuersalem contrà non à testatore sed ab herede, adeò vt nec per restitutionem verè dominus fiat fideicommissarius, sed tantùm incipiant res hereditariæ fieri in eius bonis, *l. 3. D. si vsufr. petet, l. facta 63. D. ad SC. Trebell.* Translatio enim dominij quæ fit à testatore in legatarium fit per legem: quæ verò ab herede in fideicommissarium, non nisi per senatusconsultum, & alio iam domino per legem constituto. Ergo fieri nullo modo potest vt senatusconsultum Trebellianũ ad legatarios etiam hereditatis porrigatur, nec vt hac parte sint exęquata legata vniuersalia vniuersalibus fideicommissis. Et consequenter si heres à quo testator partem hereditatis legauit hereditatẽ suspectam dicat, non potest defendi cogendũ eum esse vt adeat, non illa tantùm ratione quòd in legatarium transire non possint actiones hereditariæ quas in heredẽ lex duodecim tabularum translatura sit quandocunque se-

cuta aditione, verùm etiam, quia si heres adire cogeretur, eueniret necessariò vt ex ipso aditionis instanti confirmato per legem legato pars tantùm hereditatis quæ legata esset legatario acquireretur, reliqua pars penes heredem remaneret, qui proinde & inuitus & pro alieno commodo hereditariis oneribus saltem pro parte obstringeretur. Quod enim obtinet in fideicommissis vniuersalibus, vt etiam postulante eo, cui non nisi pars hereditatis ex fideicommisso restituenda est cogatur heres adire, totámque hereditatem restituere, ita vt actiones omnes & in solidum transeant in eum qui coegit, non similiter in hereditatis legatario induci potest, quia fideicommissarius partis nihil iuris habet ne pro illa quidem parte citra restitutionem ab herede faciendam: heres verò sicut prò fideicommissaria portione restituēda totam hereditatem adire coactus fuit, quam nec pro parte adire potuit, ita & totam restituit cùm & aditio & restitutio fiat eodem prætoris imperio, nec adire vnquam heres, quin etiam restituere iubeatur. Neque sanè fieri potest vt hereditas quæ in persona heredis & tota & vna est, in persona fideicommissarij diuidatur, vt pars duntaxat in restitutionem veniat, pars maneat penes heredē, præsertim cùm nihil imputari possit heredi qui adiit coactus, fideicommissario verò si totam hereditatem nolit sibi restitui post aditionem imputari possit cur anteà voluerit, cúrque heredem adire coegerit quem sciebat, nec nisi totam hereditatem adire posse, nec proinde nisi totam restituere cogendum esse, cùm nulla ex parte fieri heres voluisset. Denique adcrescendi iure vt totam hereditatē habeat partis fideicommissarius, necesse est, non quasi inter eum & heredem iuri adcrescendi locus esse possit cùm diuerso iure succedant, sed quia restitutionis tēpore totam hereditatem sic iunctam & vnitam reperit, vt ampliùs eam diuidere non possit. At legatarius partis hereditatis si heredem cogere posset ad adeundum, hoc ipso quod heres adiret, consequeretur dominium legati, hoc est dimidiæ partis singularum rerum hereditariarum ipso iure & ex legis potestate, nec vllo heredis facto in eam rem indigeret, atq. ita fieret necessariò vt heres inuitus non solùm pro parte maneret heres cum effectu, implicitúsque oneribus hereditariis, sed ex toto asse, quia nihil causæ esset cur exonerari heredem oporteret ob legatariū, qui tam citò, vt dixi, factus esset dominus legati, quàm heres hereditatis. Lex porrò cùm nunquam sit liberalior testatore, non defert ex legato totam hereditatem ei cui testator partem dūtaxat hereditatis legauit, esset enim id absurdum *d.l.facta 63. §. si sub condicione ad SC. Trebell.* nec proinde facit legatarium dominum nisi partis, neque rursum patitur, vt iure adcrescendi, quæ quodammodo secunda legis delatio est, legatarius totam hereditatem consequatur, non ob id solùm quod inter heredem & legatarium tanquam diuerso iure succedentes id locum habere non possit, sed etiam quia neque sit quod possit adcrescere, nec cui adcrescere, cùm heres habeat totam hereditatem nō obstante legato partis hereditatis, quod, vt dixi, non nisi singulas res hereditarias, pro ea parte complectitur, non etiam ius illud vniuersum ex quo hereditas æstimatur quódque ad heredem ex lege duodecim tabularum necesse est in solidum deuolui, vel ob hoc ipsum vt legatum valeat, quod alioqui non valeret. Aliúdque remedium nullum superesset exonerandi heredis si non ipso iure saltem in effectu, nisi vt in heredis locum legatarius substitueretur quod neque per legem fit quæ legatarium, vt diximus, vocat cum herede,
non

non post heredem, neque per heredem ipsum qui neque hereditatem restituere, neque aliud quicquã facere iussus est. Vnde illud etiã est, quòd quamuis tota hereditas per fideicommissum relinqui commodè possit, quia rogatus heres intelligitur vt suo loco fideicommissarium constituat, tota tamen hereditas legari non potest, sed tantùm pars hereditatis, non quia, vt nonnulli putãt, ita fieret vt legatarius heres potius quàm legatarius dicẽdus esset (neque enim eo minùs heres repræsentaret personã defuncti in solidum tanquam qui successor esset iuris vniuersi quod defunctus habuisset, ideóque & creditoribus omnibus satisfacere teneretur) sed quia lex falcidia obstat, quæ non patitur exhauriri legatis hereditatem, at ne quidem onerari supra dodrantem, vt heres non solùm nomine, ac iure ipso heres sit, sed etiam cum effectu & commodo aliquo, cuius spe allectus possit ille inuitari ad adeundum ad conseruanda quoque legata ipsa quæ alioqui intercid erent non adita hereditate. Liberam enim illam legandi facultatem quam lex duodecim tabular. primùm concesserat, leges autem Furia & Voconia restrinxerant, & represserant, non aliter lex Falcidia restituit quàm hac lege & condicione, vt totius hereditatis quadrans penes heredem remaneret, *l. 1. D. ad leg. falcid.* vt pluribus scripsimus lib. 6. cap. 3. Quod ita constitui necesse non fuisset, si in hereditatis totius legatarium actiones cum effectu transire possent, sicut nec senatusconsulto Trebelliano vlla quartæ retentio permissa est, ne tum quidem, cùm tota hereditas ex fideicommisso restituitur, quia visum est sufficere posse heredi ne ab adeunda hereditate deterreretur, si nullũ ex hereditatis aditione damnum timere posset, quamuis nec lucrum aliquod ex ea consequeretur, etsi comperto tandem quòd multi nulla commodi spe proposita supremas defuncti preces destituerent, nec exonerationẽ solam pro lucro haberent, inductum fuit per senatusconsultum Pegasianum, vt & quartam heres retinere posset si vltrò adire vellet, & adire prætereà inuitus quóque cogeretur. At heredi fuit necesse prospici ab initio aduersus legatarios quoslibet, non tantùm vt lucro aliquo inuitaretur ad adeundum, sed etiam vt haberet quod posset compensare cum periculo & incommodo æris alieni, cuius ipse totum onus, etiam legata tota hereditate suscipere ac retinere teneretur. Quare nec vllo iuris loco proditũ videas, cogi posse heredem vt adeat propter legatarios, licèt plerisque locis mentio fiat legatæ hereditatis, imò contra generaliter scriptum est neminem cogi se adstringere oneribus hereditariis propter legatum, vt Papin. loquitur in *l. non est cogendus* 53. *ad SC. Treb.* non adhibita illa distinctione An hereditas legata sit an fundus, quia nullo casu fieri potest vt in legatariũ transeãt passiuæ actiones. Loquor de passiuis, quia quod ad actiuas pertinet dubitandum nõ est quin legato contineantur siue quis partẽ hereditatis suæ, siue bona sua legauerit *l. si legatus* 30. *§. 1. eod. l. meorum De verb. signific.* Sed passiuarum alia ratio est, ex qua etiam intelligetur apertiùs fieri non posse vt transeant in legatarium hereditatis, quia non testatoris sunt sed creditorum, ideóque & æs alienum appellatur, & ex bonorum quantitate deducitur, quia nemo dici potest id habere quod debeat, multò minùs actionem quam alius contra se possit exercere. Atqui siue quis hereditatem leget, siue qua alia ratione bonorum suorum vniuersitatem alienet, non aliud transferre in alium potest, quàm quod ipse habet, præsertim autem legando, quia legatum est quod legis modo imperatiuè relinquitur, inquit

Vlpianus in Titulis tit. 22. imperare autem testator disponens de ære alieno non magis potest, quàm ipsis creditoribus legem dare, & contra quem aut quatenus agere debeant præscribere. Idque fit ex verbis illis generalibus legis duodecim tabularum *Paterfamilias vti super sua re legassit, ita ius esto. l. verbis legis 120. De verb. signific.* Non enim dici potest æs nostrum esse, quod est alienum. Cur ergo, inquies, transit in heredem onus æris alieni? Respondeo non transire ex dispositione testatoris, at ne quidem ex ipsius voluntate, sed vel tacente adeóque inuito eo ex sola legis potestate, quæ sicut & hereditatem facit & heredem, vt sit persona quæ defunctum repræsentet, ita & vult heredem in omnibus eodem iure censeri, quo defunctus ipse censebatur, vt perinde & actiones quæ defuncto competebant exercere possit, & à defuncti creditoribus conueniri. Proinde lex ipsa est quæ heredem æri alieno obligat, non testator: heredem verò solum lex obligat, nō legatarium, quia & solus heres non etiā legatarius ille est, qui defuncti personam in solidum repræsentat. Adeò vt nec expressa voluntate possit testator iubere vt legatarius quantumlibet hereditatis teneatur ad æris alieni exsolutionem creditoribúsque hereditariis respondere debeat non heres, quoniam ita faciens disponeret, vt dixi, de re aliena non de sua. Quod facere potest, hoc vnum est, vt iubeat legatarium partis hereditatis indemnitatem æris alieni præstare heredi, pro ea hereditatis parte quæ est legata: ita enim rei suæ legem dicit. Sed non ideò fiet, vt alius quàm heres à creditoribus hereditariis possit conueniri, solúmque heredi remedium superest, vt contra legatarium qui legatum agnouit, agere possit ex testamento ad indemnitatem consequēdam: igitur vt ad institutam tractationem redeamus, quod Diuus Pius rescripsit ex legato partis hereditatis non esse deducendū æs alienum, eam rationem non habet quam adferunt interpretes, quòd hic legatarius ad onus illud æris alieni teneatur, quódque in eum passiuæ quoque actiones transeant. Sed è contrario illam potiùs quod legatum hoc, vt & cætera omnia immune sit & esse debeat ab oneribus hereditariis, quippe quæ ad alium spectare non possint quàm ad heredem. Dubitandi tamen ratio tota pendebat ex nomine *hereditatis*, quo nomine iura & actiones comprehendi certum est, videbatúrque facienda interpretatio, non tam ex iuris ratione (quæ, vt dixi, eam demum hereditatem quæ heredem facit, non eam quæ legatur æri alieno obligat) quàm ex opinione testatoris, quem credibile est cùm hereditatis partem legauit, de ea ipsa hereditate sensisse, quæ penes heredem mansura erat si legata non fuisset, ac proinde & commoda habens & incommoda. Sed non potuit ea testatoris opinio etiam de qua manifestissimè constaret, certissimam iuris rationem peruertere, ac facere vt legatarius heredis iure censeatur. Quamquam nec obscura videtur pro legatario voluntas testatoris, qui si in huiusmodi legatariū iura & actiones passiuas transire voluisset, æquè facilè pro ea parte heredem illum scribere potuisset. Cur enim legatarium hunc pro parte hereditatis, alium verò ex toto asse heredem fecisse credatur, nisi vt vnus legatarii, alius heredis iure censeretur? Longéque alia fideicommissarii vniuersalis ratio est, cui hereditatem ex fideicommisso restitui testator iussit. Tunc enim etsi perinde verum est hereditatem desiisse hereditatem esse, quæ facta sit patrimonium heredis, apparet tamen testatorem in fideicommisso relinquendo cogitasse de ea ipsa hereditate in effectu restituenda, quæ aliquando verè hereditas fuisset,

fuiſſet,adeóque ſi fieri poſſet,de ipſo fideicommiſſario herede faciendo.Nā vt Vlp.ſcribit in *l.in fideicommiſſaria.D.ad SC.Trebell.*quoties quis hereditatem reſtituere rogatus eſt,id videtur rogatus reddere,non quod nunc eſt hereditatis,quæ ſcilicet ampliùs nulla eſt,ſed quod fuit,moriente nimirum teſtatore,quo demùm tempore vera eſt hereditas,quia reſtitutio fit per manus heredis, in cuius locum fideicommiſſarius ſubſtituitur tanquam ſecundus quidam heres. Itaque reſcriptum illud Diui Pij, quod interpretes volunt in odium & incommodum legatarij factum eſſe, reſpicit proculdubiò eius fauorem vt creditoribus hereditariis non teneatur, vt neque legatariis cæteris teneretur, cùm toto iure vetere ita comparatum fuerit, vt à legatario legari nunquam poſſet:Ex quo etiam conſtat apertiùs, legatarium hunc partis hereditatis,neque heredis iure cenſeri,neque creditoribus hereditariis obſtringi,quia perinde fieri neceſſe eſſet,vt legatariis quoque tanquam heres obligaretur. Dices fortaſſe pro interpretibus,ſecundùm hanc noſtrā interpretationem fore,vt nulla ſit differentia inter legatum partis hereditatis,& legatum partis bonorum. Quæ tamen apertè conſtitui videtur in *d.l. 8.§.vlt.& l.9.de legat.2.*Ego verò admitto libentiſſimè,quod & veriſſimum eſt nullam inter huiuſmodi legata eſſe differentiam. Sed nego,quod interpretes putant,vllam in dictis legibus proponi. Nam ſicut tota hereditas legari non poteſt, obſtante lege Falcidia,vt diximus,ita neque tota bona,ſed tantùm pars hereditatis,vt & pars bonorum.Et contrà quemadmodum legata parte bonorum, fatentur omnes æris alieni onus non tranſire in legatarium. Ita neque tranſit cùm legata eſt pars hereditatis, vt probauimus. Quid ergo?Differentia conſtituenda eſt non inter hereditatem & bona,ſed inter legatum partis hereditatis, & legatum partis bonorum,quæ teſtatoris erunt mortis tempore,de quo loquitur *dict.l.9.* quia prius legatum refertur ad tempus illud quo teſtator iam erit mortuus, propter factam hereditatis mentionem,quando nec hereditas vlla eſt niſi poſt mortem teſtatoris,cùm viuentis hominis nulla ſit,*l.1. D.de hered.vel act.vendit.* Poſteriùs verò refertur ad tempus vitæ,id eſt,ad inſtans mortis quod vitæ non morti computatur,*l.qui duos 18.§.1.D.de manum.teſtam.l.vlt.D.de condic.inſtit.*ſiquidem non qui iam mortuus eſt,ſed qui viuit. Ex hac verò differentia illa naſcitur, quòd ex legato partis hereditatis æs alienum non deducitur, quod iam per legem tranſlatum reperiatur in heredem, adeóque inſeparabiliter vnitum hereditati,vt etiamſi deducto ęre alieno hereditatem reſtituere heres iuberetur, non eo minùs tamen inuito quoque teſtatore onus æris alieni cum hereditate ipſa in fideicommiſſarium tranſiret, *l. cogi 16.§.inde quæritur. D. ad SC.Trebell.*quoniam,vt diximus,ea demùm hereditas in effectu reſtituitur quæ fecit heredem,& quæ per legem delata eſt heredi,& per aditionem acquiſita, quæque onus ſemel adnexum habuit æris alieni, quod de legata hereditate non ſimiliter dici poteſt.At ex legato partis bonorum quę teſtatoris erunt mortis tempore, deducendum neceſſariò eſt pro ſimili portione æs alienum,quia non alia bona teſtator habuit quandiu vixit, quàm quæ ipſi deducto ære alieno ſuperfuerunt. Et quamuis hoc quoque caſu verum ſit heredem teneri ad æs alienum,acſi nihil prorſus ex bonis legatum eſſet, deducit tamen illud ex legato,ne alioqui eueniat, vt plus præſtet legatario, quàm ei legatum ſit à teſtatore, ſi fortè dimidiam illi det bonorum omniū partem ab æris alieni onere immunem, quæ quarta duntaxat eſſet, aut ter-

tia, si æs alienum deduceretur. Sed fac similia esse legata, id est, non quidem legatum partis hereditatis ad tempus vitæ relatum fuisse quod fieri nunquã potest, sed legatum partis bonorum relatum esse ad id tempus quo iam aliqua esset hereditas, id est, quo testator defunctus fuisset, putà concepto legato in hunc modum, *Lego Titio dimidiam partem bonorum, quæ in hereditate mea reperientur.* Hoc verò casu negabo deducendum esse ex legato æs alienum, propter eas ipsas rationes, per quas diximus, nec ex legato partis hereditatis talem deductionem fieri posse: Nihilque prorsus obiici potest, aut ex supradictis legibus, aut ex alio vllo iuris loco, quod huic nostræ interpretationi repugnet. Superest vt eam quoque Bartoli traditionem impugnemus, quę separat legatum partis bonorum à legato bonorum vniuersorum quasi sit hoc non etiam illud legatum vniuersale per quod transeat in legatarium actiones. Iam enim diximus legatum omnium bonorum non magis valere posse, quàm legatum totius hereditatis, propter legis Falcidiæ prohibitionem, & quamuis valere posset, non eo magis tamen in legatariũ transituras actiones, quæ per legem duodecim tabularum non possunt transire nisi in heredem. Quid ergo Bartolum fefellit? Quod non credidit separanda esse hac parte legata à fideicommissis. Nam cum de fideicommisso agitur, interest sanè an testator bonorum suorum partem duntaxat restitui iusserit, an omnia sua bona. Priore casu verum est quod ille ait fideicommissum non esse vniuersale, sed singulare, non quia ex eo deducendum sit æs alienum, quemadmodum ipse putat ex *d. l. cum autem.* (non enim deduceretur si legata esset pars bonorum quæ in hereditate reperirentur, vt proximè diximus, nec eò minùs tamen fideicommissum esset singulare) sed quia ex huiusmodi fideicommisso non transeunt actiones, cùm de hereditate ipsa aut pro parte aut in totum restituenda non fuerit heres rogatus, nihilque prohibeat partem bonorum relinqui per fideicommissum singulare, sicut & legati iure dari potuisset. Posteriore verò casu, id est, cùm quis bona sua omnia per fideicommissum restitui voluit, dicimus fideicommissum esse vniuersale transireque ex eo actiones, adeò vt heres si suspectam dicat cogi possit adire & restituere, *d. l. nam quod* 14. *§. 1. h. t. & l. seq. ad S C. Trebell.* Non ex proprietate dictionis *bonorum*, quæ licèt iura quoque actiua complectatur, passiua tamen nunquam comprehendit nisi in edicto *de bonor. possess.* in quo *bonorum* nomine vti coactus fuit prætor quia de hereditate loqui non potuit, sed benigna interpretatione, quæ facit vt non de bonis duntaxat, sed & de tota sua successione testator sensisse intelligatur, ne intercidat fideicommissum quod alioquin prorsus intercideret herede adire nolente, vt Vlpia. tractat in *d. l. cogi in princ.* vbi eadem de causa addit idem esse etiamsi nõ bona sua, sed, quod erat multò dubitabilius, totum patrimonium suũ, imò & peculiũ restitui testator voluerit: cùm tamen nemo possit sub patrimonij vel peculij sui nomine comprehẽdere æs alienum, quod quia alienũ est, neque patrimoniũ, neque peculiũ testatoris dici potest. Propter quam causam non malè dicebat Mæcianus voluntatis esse quæstionem, id est, an de tota successione quæ commoda & incommoda cõtineat sensisset testator, an de bonis suis tantùm, licèt omnibus restituendis: Quia siue ex bonis deducas æs alienũ, siue non deducas, nunquam euenit, vt onus æris alieni sit onus bonorum, nisi cùm agitur de bonorum possessore qui est heredis loco, *l. 1. 2. & 3. D. de bonor. possess.* Neque aliud Vlpiani quàm Mæciani iudicium est, nisi

quod

quod ait in dubio credendũ esse testatorẽ locutũ de bonis, sensisse de tota successione, hoc est, de tota hereditate quæ non minùs æs alienum, quã bona testatoris in se continet, vt fideicommissum sustineatur. Ita innuens non obscurè, si constaret testatorem *bonorum* nomen vsurpasse propriè, non autẽ impropriè pro hereditate, aliud esse dicendũ, nec vniuersale fideicõmissum censendum, cuius conseruandi gratia heres cogendus sit adire, quia proculdubiò omnib. hereditariis oneribus etiam post restitutionẽ bonorũ omniũ implicitus remaneret. Sicut & herede vltrò adeũte, ac bona omnia restituente, non putarem transire actiones in fideicommissarium, quia nulla subesset necessitas capiendæ huius interpretationis pro fideicommisso confirmando, quod per liberam heredis aditionem satis confirmatum esset. Eadẽ verò præsumptio capi nullomodo potest, vt de tota sua successione testator sensisse intelligatur, cùm partẽ dũtaxat bonorum per fideicõmissum relinquit: At ne quidem de parte successionis, acsi pars hereditatis per fideicommissum relicta esset, quia multò facilius est, vt vniuersitas bonorum pro hereditate accipiatur, quàm vt pars bonorum accipiatur pro parte hereditatis. Sed & illud longè facilius est, vt fideicommissum bonorum accipiatur pro fideicommisso hereditatis, quàm vt legatum bonorum pro legato hereditatis: quoniam bona illa per fideicommissum relicta necesse est ab herede & per manus heredis ad fideicommissarium peruenire, atque ita fuisse aliquando hereditatis: quæ res facit vt in heredis locum facilè substitui possit fideicommissarius: bona verò legata cùm ab initio separata sint ab hereditate, nec vnquam heredis fuerint, multò difficiliùs sumi possunt pro hereditate, quæ nimirum soli heredi fuerit delata & acquisita.

Quænam actio detur fideicommissario pro consequendo debito per heredis aditionem confuso. Ad §. si ex Trebelliano, l. ita tamen 27. D. ad S C. Trebell.

CAP. XIX.

QVOTIES debitor creditori heres est, vel è cõtrario creditor debitori, constat fieri confusionem actionis, & confusione perimi actionem, *l. debitori 7. C. de pact. l. si adulta, l. vt debitũ C. de hered. act. l. Stichum aut Pamphilum 95. §. aditio. D. de solut.* idque ratione non tantùm ciuili, sed etiam naturali, quia non magis natura ipsa, quàm lex pati potest, vt quis sibi ipsi sit obligatus, cùm heres personam defuncti sic repræsentet, vt eadem prorsus persona esse existimetur, *l. Vranius 71. D. de fideiuss.* sicut nec vt quis apud eundem pro eodem sit obligatus, *l. heres à debitore 21. §. quod si stipulator. eod. tit.* Nec quod heres totam hereditatem ex fideicommisso restituere iussus sit, impedit confusionem, si quidem adiri hereditatem necesse est priusquàm restitui possit, aditio autem illa est, vt diximus, quæ confusionem inducit, *d. §. aditio.* De illo duntaxat dubitari potest an actio quæ per aditionem confusa fuit, restituta postmodum hereditate ressuscitetur. Nam ex vna parte obstat iuris regula, quæ negat actionem semel extinctam ressuscitari vnquam posse, *l. qui res 98. §. aream. D. de solut.* Ex altera verò mouet æquitas, quæ non patitur, vt debiti iacturam faciat heres, qui fuit defuncti creditor,

licèt debitori suo heres extiterit, si eam hereditatem alteri totam restituerit, nullúmque sibi ex ea lucrum retinuerit, neque rursus vt debitum lucretur, si defunctus creditor fuit, cùm quisquis hereditatem restituere iussus est, id videatur rogatus omne reddere quod fuit hereditatis, vt proximo capite dicebamus ex *l. in fideicommissaria* 18. *D. ad SC. Trebell.* nemo autem negauerit in hereditate fuisse, quod defuncto heres debuit ante factam confusionem. Non enim ad tio hereditatis sicuti confusionem semper inducit, ita & solutionis loco semper cedit, sed aliquando duntaxat, vt eleganter Papin. tractat in *d. §. aditio*, & in *§. aliquando.* Tunc videlicèt cùm hereditas remanet penes heredem, vt in *l. quæ dotis* 33. *D. solut. matrim.* At cùm hereditatem aditam restituere heres iussus est, fieri certè nequit, vt ex eo quod alij restituere cogitur intelligendus sit sibi soluisse. Etsi autem extat apertissima eiusdem Papiniani sententia in *l. deducta* 58. *ad SC. Trebell.* actionem confusam redintegrari per Trebellianum non posse, vulgò tamen magis probatum est ab interpretibus, restituta hereditate ressuscitari actionem, non quidem directam, de qua sola Papinianum intelligi volunt, sed vtilem in directæ locum ex æquitate & necessitate substituendam, in qua scilicet, quòd defuncto creditori nunquam competierit, locum habere non possit ratio illa confusionis quæ extinguit directam. Sic enim ratiocinantur Paulus Castrens. Alex. & alij plerique ex nobilioribus interpretibus ad *l. ita tamen* 27. *§. si ex Trebelliano eod.* Moti præcipuè ex eo quod in *d. §.* scriptum est, necessarium esse hoc casu fideicommissario actiones dari: vbi Accursius noster in verb. *actiones*, notat *vtiles.* Quanquam idem ille tandem inclinat magis in sententiam Hugolini, qui contendebat actiones omnes tam vtiles quàm directas per aditionem confusas esse, nec proinde ressuscitari vllomodo posse, ideóque solam superesse actionem ex testamento quæ fideicommissario dari possit, & per quam pecunia quæ fuit defuncto debita, ab herede p: tatur ex causa fideicommissi. Tanquam minùs plenè restituta hereditate fideicommissaria, quandiu aliquid vel minimum remanet penes heredem quod venire debeat in restitutionem. Neque verò quisquam est ex interpretibus, qui neget huiusmodi actionem ex testamento dari fideicommissario debere. Nam & id expressim Papinianus scribit in *d. l. deducta in princ.* & Paulus in *l. debitor* 59. *eod.* Sed tamen non eo minùs dant alij vtilem actionem. Et ipse Bart. in *d. §. si ex Trebelliano*, suam de hac re sententiam obiter aperiens, nõ dubitat quin fideicommissario competat vtraque actio tam vtilis, quàm ex testamento Ego verò satis mirari non possum, quid sibi velint isti, cùm tractant de vtili actione hoc casu ressuscitanda. Nam si fatētur quod & verum est, idcircò actionem vtilem extingui non potuisse per aditionem, quia nunquam competierit defuncto, qui scilicet habebat directam ex contractu (nunquam enim fieri potest vt in vna eadémque personæ & pro eadem obligatione concurrat vtilis actio cum directa, non ob id solùm quòd vtilis ex necessitate tantùm inducitur, eius autem inducendæ necessitas, nulla est cùm competit directa, *l. si heres* 73. *in princ. eod. tit.* sed etiam quia plenior obligatio qualis est directa, semper tollit minorem, *l. debitori, D. de fideiuss.*) quæro ab interpretibus, qua tandem ratione fieri possit, vt ressuscitetur actio vtilis, quæ nunquam fuerit extincta? imò & quæ nunquam fuerit? An non enim habet ea res naturalem intellectum, vt quicquid perit & extinguitur, id anteà fuisse necesse sit, & rursum, vt quicquid ressuscitatur,
id

id antea extinctum fuisse oporteat? Sed & qui ex interpretibus dant vtilem istam actionem, coguntur se implicare, cùm datiuam illam esse dicunt non natiuam, quomodo loquitur Alex. ad *d.§.si ex Trebelliano.* Sensus enim est, non nasci illam ex contractu præcedente, ex quo directa competebat, quæ fuit extincta per confusionem, sed tunc incipere competere cùm datur, vtpote quæ antecedentem obligationem nullam habeat ex qua nasci possit. Secundùm ea, quæ de vtilibus actionibus datiuis & natiuis disputat Bart. ad *l.1.D.de oblig.at.& act.* & ad *l. Manius 76.§.duorum de legat.2.* Ea namque confusio, quæ per aditionem contingit, obligationem ipsam primùm & principaliter extinguit, cùm non aliam rationem habeat, quàm quòd vt dixi, nemo possit sibi ipsi esse obligatus: Actionem verò extinguit quidem, sed per consequentias, & ea sola ratione quòd sine obligatione actio competere nulla possit. Propter quam causam dici solet obligationem actionis matrem esse vulg. *l.licet 43.§.ea obligatio. D.de procurat.* Et quamuis admitterem ex æquitate inducendam, ne cum interpretibus malè dicam ressuscitandam esse vtilem actionem post confusionem, non tamen esset consequens ex eadem æquitate inducendam vtilem obligationem, tum quia non potest lex inducere obligationem personalem sine facto & voluntate eius de quo obligando agitur. Tum etiam quia obligationis inducendæ nulla necessitas est, nisi ad producendam actionem. Atqui actionem presertim vtilem dare facilè lex & magistratus potest, nulla quoque præcedente obligatione, quoniam actiones sunt ex iure ciuili, obligationes verò ex iure gentium, *l.ex hoc iure, D.de instit.& iur.* quod & interpretes tractant ad *l. vlt. C. si contr.ius vel vtilit.public.* Fieri ergo non potest, vt actio ista vtilis quam fideicommissario dari volunt, sit natiua, prorsúsque necesse est datiuam esse, ac proinde talem quæ ressuscitata dici nullomodo possit, & quę prioris actionis directæ per aditionem confusæ vim & naturam nequeat retinere, aut etiam induere. Quam in rem non minùs elegans quàm apertum est Papiniani responsum illud quod extat in *d.l.deducta in princip.* vbi tractans de herede hereditatem deducta quarta restituere rogato qui debitori hereditario heres extiterat, ait, quoniam confusa actio per Trebellianum redintegrari non potest pecuniæ dodrantem ex causa fideicommissi necessariò petendum esse, sed in eum diem quo actio cõfusa est, vsuras præteriti temporis, quæ in obligatione, vel officio iudicis fuerunt, computandas esse, posterioris verò ita demùm si mora fideicommisso facta sit: cùm tamẽ si vel pristina actione directa ageretur, vel vtili quæ directę naturam & potestatem retineret, haud dubiè dicendum esset vsuras totius temporis tam quod confusionem præcessisset, quàm quod subsecutum fuisset, indistinctè deberi, neque illud requireretur vt in fideicommisso præstando noua mora facta esset, valente scilicet prima mora sufficere, vt vsuræ quę semel deberi cœpissent, in perpetuum deberentur, id est, ad plenam vsque sortis solutionem, vt Paulus eleganter respondit in *l.Titia Seio 87.§.vsuras de legat.2.* Sed & ex eo Papiniani responso apparet, non aliam quàm fideicommissi actionem in proposita specie fideicommissario dandam esse, cùm ita scribit, *dodrans pecuniæ ex causa fideicommissi petatur.* Præmissa etiam ratione illa, *quoniam actio confusa per Trebellianum redintegrari non potest,* quod vtique sic accipiẽdum est, vt redintegrari nullomodo possit, si verum est quod vno ore interpretes nostri tradunt ad *l.Gallus 29.in princip.de liber.& posth.* negationem

immediatè positam ante verbum *potest*, omnem omnino excludere potentiam. Perinde igitur est acsi paulò apertiùs Papin. scripsisset confusam illam actionem neque directò, neque vtiliter redintegrari posse, id est, non magis post hereditatis restitutionem, quàm anteà fieri posse vt actio vlla siue vtilis, siue directa, competat fideicommissario pro debito per confusionem extincto, ob idque non aliud ei remedium superesse, quàm vt fideicommissum quasi nondum restitutum persequatur. Quomodo & Iulianus quamuis in dissimili non tamen prorsus aliena specie scribit in *l. cùm reus* 14. *de fideiuss.* cùm reus promittendi fideiussori suo heres extiterit fideiussoriam perimi obligationem: *Quid ergo est?* inquit, *Tanquam à reo debitum petatur.* Sensus est à reo qui fideiussori suo heres extitit, petendum esse debitum necessariò tanquam à reo, non tanquam ab herede fideiussoris, tametsi fortassis euenturum sit vt reus tanquam reus exceptionem aliquam personalem habiturus sit, putà pacti personalis de non petendo, quam non haberet tanquam heres fideiussoris. Ideóque necessariam fore illo casu creditori replicationem doli mali vel in factum ad exceptionem illam elidēdam. Sic enim locum illum iampridem interpretati sumus, & addita negatione feliciter emendauimus lib. 1. cap. 3. Et verò si qua vtilis actio posset fideicommissario competere, per quam esset ille totius temporis vsuras, nil obstante debiti confusione indistinctè consecuturus (vt solent actiones vtiles eiusdem potestatis esse, cuius sunt directæ eundémque habere effectum *l. actio* 47. *D. de negot. gest.*) an non ridiculus esset Papinianus, qui actionem ex fideicommisso longè minùs vtilem futuram proponeret? An non etiam stultus fideicommissarius qui electionem habens, vt vel vtili actione ex contractu, vel fideicommissi nomine ex testamento experiretur, eam actionem eligeret, quæ sibi damnosior foret, vtiliorem verò & expeditiorem prætermitteret? Ideóque fortasse tantò faciliores fuerunt interpretes ad eiusmodi actionem vtilem concedendam fideicommissario, quasi nihil interesset heredis vtra actione conueniretur: quantò difficiliùs permittendum fuit, vt inuita iurisprudentia posset ille actione non modò non competente, sed etiam duriore conueniri. Quanquam quod heredis nihil intersit an hac, an illa actione vrgeatur, nunquam faciet vt eo magis admittam actionem in eum dandā esse, quæ nec summo iure competat, nec ex æquitate induci possit, adeóque cuius inducendæ neque necessitas vlla subsit, neque vtilitas aliqua futura sit. Æstimantur enim vtiles omnes actiones, vt vel solum ipsarum nomen demonstrat ex vtilitate quam ei adferunt qui alioquin summo iure periclitaretur, ideóque non nisi ex mera necessitate inducuntur, & iis demùm casibus quibus directa actio competere nulla potest, *l. quamuis* 8. *§. si conuenerit D. ad SC. Velleian. d. l. si heres* 70. *D. ad SC. Treb.* Quid igitur fallere potuit interpretes, vt sine lege nulláque vrgēte necessitate dandā fideicōmissario dixerint vtilem actionem contra rationem iuris? Id vnum puto, quod in *d. §. si ex Trebelliano*, scriptum putabant *necessarium esse actiones aduersus heredem fideicommissario dari*, quomodo in eorum codicibus scriptum fuisse testis est glossa illa Accursij quæ incipit *vtiles*. Scripsisset enim ille ac scribere debuisset *vtilem* in numero singulari, si in eodem numero textus *actionem* non *actiones* habuisset. Cū verò actiones plures ea dictione pluralis numeri proponi viderent, non putarūt aliam actionem posse competere quàm vtilem, præterquàm eam quam fatētur omnes indubitatè fideicommissario dādam

esse

esse ex testamento. Sed cùm ex Pandectis Florentinis appareat viciosam fuisse veterem illam actionem, legendúmque *actionem* non *actiones* nato errore ex eo quod, vt aliàs non semel obseruauimus, veteres iidémque rudiores typographi literam *m* hac nota ȝ, quæ à litera S non multùm distat, excudebant. Etsi non erat interpretibus difficile errorem detegere, si non piguisset reliqua eiusdem §. verba obseruare. Ac illud imprimis, quod immediatè præcedit, *necessarium est.* Non enim vllomodo necessariũ dici potest, vt actiones plures fideicommissario contra heredem dentur, siue omnes eiusdem effectus, & potestatis esse velis, siue vnam pleniorem altera. Ex quo namque vna competit, aut datur, quid necesse est aliam dari? presertim quæ nec plenior nec commodior sit futura? Atqui non est ex interpretibus qui neget, nec qui negare possit actionem ex testamento dandam esse fideicommissario. Sicut è contrario si heres creditor defuncti fuit, & fideicommissum non deducto debito restituerit, constat habere illum fideicommissi tanquã indebiti repetitionem, quemadmodum si fideicommissum restituisset, non deducta quarta quam deducere ac retinere debuisset, *l. heres 21. ad SC. Treb. l. 1. §. si legatarius l. lineam margaritarum 26. D. ad leg. Falcid. l. cùm pater 77. §. mater filiis de leg. 2. l. qui exceptionem 40. §. 1. D. de condict. indeb.* Non potuit ergo Iulianus scribere vel sentire necessariam esse fideicommissario vtilem actionem. Debuit sanè scribere quod scripsit necessarium esse actionem fideicommissario in heredem dari, quia stricto iure nulla competit, neque ex contractu, siue directa, siue vtilis, propter confusionem, neque ex testamento propter iam factam fideicommissi restitutionem. Actio enim ex testamẽto quæ pro fideicommisso competit fideicommissario contra heredem nõ ad singularum rerum restitutionem consequendam pertinet, sed ad restitutionem hereditatis, & iuris illius vniuersalis, cuius ratione fideicõmissarius dicitur successor vniuersalis, & loco heredis: Cui restitutioni dubitandum non est, quin satisfecerit heres qui hereditatẽ restituit, adeóque quod magis est, licèt verbo tantùm restituerit, cùm ex ea restitutione verbali iura omnia in fideicommissariũ translata sint, totáque hereditas, quæ scilicet in iure cõsistit non in corpore, *l. restituta 37. iunct. l. facta 63. in princ. D. ad SC. Trebell.* Proinde non potest dici eandẽ actionem ex testamento competere fideicõmissario post restitutionẽ, quæ competeret si restitutio nulla facta esset. Verùm quia nec illud dici potest heredẽ satisfecisse voluntati testatoris quãdiu aliquid retinet, quantulũcunque illud sit ex eo quod restituere debuit, equissimũ est, & consequenter necessarium actionem fideicommissario dari. Nimirum per prætorem, cuius propria fuit de fideicõmissis iurisdictio, & qui ob eam causam fideicommissarius vocabatur. Si actio ex testamento summo iure competeret post restitutam hereditatem, non ita scripsisset Iulianus, *necessarium est actionem aduersus eum fideicommissario dari.* Aliud enim est *actionem competere*, aliud *dari*. Quæ competit ipso iure, non datur. Quæ datur, non competit. Cùm actionem competere dicimus, solam iuris potestatem, cùm verò dari, iudicis potiùs aut magistratus factum demonstramus. Illud etiam errandi occasionem interpretibus præripere debuit, quòd viderunt Iulianum in *d. §. si ex Trebelliano*, non illum duntaxat casum tractare quo heres rogatus de restituenda hereditate, debitor fuerit defuncti, sed illum etiam quo heres qui hereditatem restituit, vel fructus prædiorum qui erant restituendi, vel ipsa prædia retinuerit: Quo

tamen vtroque casu nihil est quod de vtili actione tractari possit ad consequendum id quod fuerit defuncti, quódque fideicommissario nullo alio quàm fideicommissi iure debitum vnquam fuit. Nam si quis directam aut vtilem vindicationem fideicommissario dare velit eo colore quòd facta in fideicommissarium restitutione statim omnes res in bonis eius fiant, cui restituta est hereditas etiamsi nondum earum nactus fuerit possessionẽ vt Caius scribit in *d.l.facta in princip.* is proculdubio valde errauerit. Inauditum enim est, vt vindicatio siue directa, siue vtilis vnquam in eum detur qui reuera dominus est, *l.penult.& vltim. D.de publician. in rem act.* cùm è contrario non nisi domino competat, *l.in rem 23. D.de rei vindic.* duo autem eiusdem rei in solidum domini esse non possint, vulg. *l.si vt certo 5.§.si duobus vehiculum.D.commod.* Porro heres qui de hereditate restituenda rogatus est, sicut etiam post restitutionem heres manet, ita & dominus *§. restituta Instit.de fideic. hered.* cùm heredis appellatio nihil nisi dominum significet, *§.vlt.Instit.de hered.qualit. & differ.* Vnde est quod Caius in *d.l.facta*, non sic loquitur vt dicat fideicommissarium post factam hereditatis restitutionem fieri dominum rerum hereditariarum (id enim non magis scribere potuit, quàm heredem illum fieri, quod euidentissimè falsum esset) sed ait res hereditarias in bonis eius fieri, quod longè diuersum quid est, vt à nobis aliquando tractatum fuit in explicanda veteris illius duplicis dominij bonitarij scilicet & quiritiarij distinctione, de qua Vlp.tit.19.*de acquisit.rer.* in Titulis. Ergo quemadmodum eo casu quo heres iussus hereditatem restituere, aut prædium aliquod hereditarium aut prædiorum restitutorum fructus etiam restituendos retinuit, necessarium est contra eum fideicommissario actionem dari, & quidem ex testamento quoniam alia nulla competit, neque vtilis, neque directa, ita fatendum est alio quoque casu de quo disputamus, & quem tanquam similem Iulianus coniungit, id est, quo hic heres debitor fuerit eius qui testamentum fecit, non aliam quàm ex testamento actionem fideicommissario dari posse. Non enim de diuersis actionibus pro casuum diuersitate sensisse videri potest Iulianus, qui propositis coniũctísque omnibus casibus non nisi *actionem* in singulari numero, fideicommissario dandam esse scripsit. Ex quo etiam apparet quàm parum subtiles, ne dicam ridiculi sint iidem interpretes quibus non satis est, repugnante iuris ratione vtilem actionem fideicommissario dare, si non & vindicationem quoque contra dominum ei accommodent, & condictionem triticariam contra eum qui non sit ex contractu, sed tantùm ex testamẽto obligatus, & condictionem sine causa aduersus eum qui iusti heredis verique domini iure rem habeat, & à testatore ipso non à fideicommissario: quæ omnia quàm sint à principiis & regulis iuris aliena, nemo non videt. Sed & interpretationem nostram illud mirificè confirmat, & interpretum errorem detegit, quod ex Marcelli ad Iulianum nota sequitur, *Hoc idem necessariò faciendum est, cùm parte hereditatis restituta familiæ erciscundæ iudicium inter eum, qui restituit hereditatem, & qui receperit, accipietur.* Id enim sibi vult Marcellus, non tantùm superiore casu necessarium esse fideicommissario in heredem actionem ex testamento dari: id est, cùm heres totam hereditatem restituere rogatus est, siue prædium aliquod hereditarium retineat, siue prædiorum hereditariorum fructus iam forte collectos mortis tempore & in hereditate repertos, aut post moram perceptos, siue debitor fuerit defuncti,

defuncti, sed illo etiam casu quo de parte duntaxat hereditatis restituenda rogatus fuerit, quod cùm euenit, constat vtile esse iudicium familiæ erciscundæ inter heredem & fideicõmissarium, sicut esset inter coheredes, quia fideicommissarius heredis loco est. Cur vero necessarium est hoc posteriore casu actionem fideicommissario dari? An non potest sufficere quòd habiturus sit vtilem exceptionem? An verò denegabunt interpretes vtilem exceptionem ei cui dant vtilem actionem? contra reg. *l. inuitus* 15. *§. 1. de reg. iur. l. 1. §. is autem. D. de superfic.* Quinimo quidni sufficiet æquitas ipsius iudicij quod est bonæ fidei, vt quicquid obtinere fideicommissarius posset, siue proposita actione siue opposita doli exceptione, idipsum æquitate iudicij consequatur. *l. in hoc* 14. *§. 1. D. commun. diuid.* Tritum enim est doli exceptiones bonæ fidei iudiciis ipso iure inesse, *l. sed etsi ideo* 21. *in fin. D. solut. matr. l. huiusmodi* 84. *§. qui seruum de legat.* 1. Inde igitur cognosci potest, confusione quæ fit per aditionem hereditatis vsque adeò extingui obligationem vt etiam restituta hereditate, fideicommissario consuli nullo modo possit ne quidem per exceptionem aut per æquitatem iudicij, tantum abest vt actio aliqua vtilis ressuscitari possit quam ei dari oporteat. Ideóque necessariò recurrendum est ad extraordinarium prætoris fideicommissarij auxilium, vt det actionem ex testamẽto per quam fideicommissum perinde petatur post restitutionem, acsi nulla ex parte fuisset restitutum, quandiu plenissimè nõ est restitutum. Scio cõtingere aliquando vt extincta quoque actio ressuscitetur, vt in specie, *l. 2. in fin. D. si ex noxal. caus. agat. l. si cùm* 41. *§. vlt. D. de furt. l. deferre* 18. *§. vlt. D. de iur. fisc. l. eum qui* 21. *§. vlt. D. de inoffic. testam.* Nempe cùm causa extinguẽdæ obligationis resoluitur, & in eum statum reducitur, vt nunquam interuenisse videatur, puta cùm hereditas adita habetur pro non adita, vel acquisitum dominium pro non acquisito, quemadmodũ supradictis locis omnibus contingit: at casus noster omnino dissimilis est, quoniam causa extinguendæ obligationis propter confusionem quæ contingit per aditionem hereditatis fideicommissariæ, durat semper etiam post restitutam hereditatem, siquidem, vt diximus, non eo minùs heres remanet heres, quòd restituerit hereditatem. Et errant valde qui putant confusionis rationem hanc vnam esse quod heres non possit agere contra seipsum, vt inferant confusionis effectum sicut & rationẽ cessare restituta hereditate quòd eo tẽpore alia sit persona heredis, alia fideicõmissarij qui contra heredẽ commodè possit experiri. Nam vt suprà monuimus, confusio non fit actionis sed obligationis, licèt confusa & extincta obligatione actio quoque per consequentias extinguatur. Obligatio autem confunditur, non quia nemo possit agere cõtra seipsum, sed quia nemo sibi ipsi obligatus esse possit. Ergo cùm siue debitor creditori siue creditor debitori heres extiterit, cõfundatur obligatio ea duntaxat ratione quod alioqui futurum esset, vt heres sibi ipsi esset obligatus, planè consequens est, vt etiam post restitutam hereditatẽ sicuti heres semper heres manet, ita & confusionis causa semper duret, quæ proinde impediat, ne actio vlla siue vtilis siue directa vnquam ressuscitetur. Quomodo etiam euenit cùm heredi auffertur per fiscum hereditas tanquam indigno. Tunc enim si qua obligatio & actio per aditionem confusa fuerat ea non idcirco ressuscitatur, *l. heredem* 17. *in fi. D. de his quæ vt indign.* Non ob id solùm quod indignus sit cui succurratur heres quæ ex indignitate sua hereditatem amisit (etsi enim illa quoque ratio

Papinianum mouisse videtur, si alia tamen nulla esset, nō malè quis idipsum Papiniano obiiceret quod olim eidem Vlpianus in *l. Papinianus exuli 20. D. de minor. quid commune habet delictum cum obligationis restituendæ iure?*) sed etiam, quia non eo minùs heres manet is cui fiscus abstulit hereditatem *l. ex facto 43. §. vlt D. de vulg. & pup. substit.* Quò etiam pertinent *l. 4. C. de transact. l. 2. C. si aduers. transact.* in quibus videas actionem extinctam non ressuscitari, sed nouam concedi, quia non præcedentis extinctionis causa deficiebat, sed nouæ actionis concedendæ causa potiùs emergebat. Errant etiam, multóque si fieri potest, stolidiùs, qui distinguunt an hereditatem heres adierit purè ac simpliciter, an cum beneficio legis & inuentarij. Nec enim beneficium illud impedit confusionem, vt vulgo à plerisque imperitè creditur, neque id magis facere Iustinianus potuit, quàm naturam ipsam peruertere, ac inducere vt sibi ipsi obligatus quis esse possit, sed in eo tātum prodest heredi, ne ex eiusmodi confusione damnum vllum sentire debeat supra vires & facultates hereditarias, quia nec inuentarium facere potest, quominus heres verè heres sit, acsi legis beneficium nō implorasset, vt pluribus scripsimus Decad. De error. pragmat. Sicut è contrario inuentarij sollemnitas omissa non impedit quominùs possit heres deducere ac retinere contra fideicommissarium aut contra legatarios in ponenda legis falcidiæ ratione id omne quod sibi à defuncto debebatur, perinde atque aliud æs alienum quodlibet, *l. in imponenda 6. l. irritum 8. C. ad leg. Falcid.* vt iampridem Castrensis non infeliciter contra nonnullos ætatis suæ Doctores disputauit. De actione sola hypothecaria dubitari probabilius potest, an sicut actiones cæteræ personales, confundatur per aditionem hereditatis, maximè inuentario nullo facto. Etsi enim generaliter & apertè Iustinianus constituit in *l. vlt. C. de iur. delet.* vt si inuentarium factum non sit actiones omnes quæ competebant heredi confundātur, magis tamen communiter probatum est, hypothecariam non magis confundi quàm directam rei & dominij vindicationem, vt tractant nostri ad *d. l. debitori 7. C. de pact.* quamquam hoc ipsum nonnulli sic accipi volunt si hypotheca expressa fuerit, non etiam si tacita. Sic enim ex recentioribus Italis Ioann. Cephal. cons. 393. num. 154. & 157. & seq. post Angel. Aret. ad *l. licet 14. per ill. text. C. ad leg. Falcid.* Ego verò fateor equidem dominij vindicationē per hereditatis aditionem non confundi, quia vindicatio non obligationis iure datur, sed in rem ipsam & solo dominij iure, nemo autem dixerit heredem vel ob id dominum esse desinere debere, quòd non domino heres extiterit, vel ob id minùs dominum fieri quod ipse antea dominus non fuerit, sed in hypothecaria aliud iuris esse contendo, eámque faciliùs perimi posse per confusionem, quia licèt in rem quoque sit, tamen accessoria est principalis obligationis ex eáq. pendet, in quo differt à vindicatione dominij. Soleo tamen distinguere, an debitor heres extiterit creditori, an ex diuerso creditor debitori. Posteriore casu, non nego si creditor idémque heres hereditatē restituere rogatus sit, etiamsi post restitutionem quoque, vt diximus, duret causa extinguēdæ per confusionem obligationis personalis, hypothecariam tamen superesse, quia propriam legem & condicionem habet illa, vt tandiu duret quandiu verum est pecuniam solutam non esse, *l. grege 13. §. etiam. D. de pignor. l. pen. §. 1. De except. rei iudic.* Iam autem monuimus aditionē hereditatis tùm etiam cùm debiti confusionē inducit, tamē solutionis loco non semper esse *d. l. si Stichū*

aut Pamphilum 95. §. aliquãdo de solut. Scilicet cùm hereditas adita ad alium per fideicommissum deuoluitur. Nam si eo casu non prohibetur heres debitum deducere tametsi non hypothecarius creditor fuerit, sed tantùm chirographarius, *d.l. in imponenda & d.l. in rem un*, quia nimirum talis hereditas restituenda est qualis fuit mortis tempore & ante aditionem, non qualis quantáve post aditionẽ, *l. in quantitate 73. D. ad leg. Falcid. l. in fideicommissaria 18. D. ad SC. Trebell.* quantò magis dicendum est hypothecariam restituta quoque hereditate superesse? Non enim vtique deduceretur debitum per viam retentionis si pro soluto haberetur. Et quamuis non possit heres idemque creditor hypothecariã exercere antè restitutam hereditatem, quia tamen omnimodo futurum est vt agere aliquando possit vel etiam retinere ipsius interest, vt ea actio non tam in totum extincta quàm interim sopita esse intelligatur. In eámq. rem textus est Pauli perelegans in *l. debitor 59. D. eod. ad Trebell.* At priore casu, cùm debitor creditori heres extitit, licèt idem ille hereditatem restituere rogatus sit, nego fieri posse vlla ratione vt hypothecaria duret, ac per hereditatis restitutionem in fideicommissarium transferatur quia non potest à testatore transire in fideicommissarium, nisi per mediam heredis personam, qui porrò nunquam in eo fuit vt actionem hypothecariã contra se potuerit exercere, ne spe quidem: inauditum namque est vt hypothecaria vllo casu competat, vel possit competere debitori. Nec quod per hereditatis restitutionem soleant in fideicommissariũ transire ex Trebelliano actiones omnes quæ & heredi & in heredẽ competebant ad rem facit. Id enim ad eas actiones spectat quæ cõtra heredem competebant creditoribus hereditariis, & tanquam contra heredem, non quæ testatori viuenti, contra eum quem posteà heredem fecit. Omnes enim quæ fideicommissario post restitutionem competere possunt, necesse est heredi ante restitutionem competiisse, adeóque iure hereditario, ita vt si quas sibi heres comparauerit medio tempore, eæ non transeant in fideicommissariũ sine speciali cessione, *l. si heres pecuniam. 73. D. eod.* Hypothecaria igitur, quæ competiit defuncto in bona sui debitoris eiusdémque posteà heredis instituti, cùm ipsi debitori heredíque numquam competierit neque competere potuerit, in fideicommissariũ transire nullomodo potest. Ac quamquam supradicta Castrensis aliorúmq. interpretum opinio quã nos refutauimus, vera esset, quæ fideicommissario dat vtilem actionẽ contra heredem eundémque defuncti debitorẽ, qui per confusionẽ obligatus esse desiit, fatendũ tamen esset hypothecariã, quæ defuncto competebat (ponimus enim fuisse creditorem hypothecarium) non posse in fidecommissarium transire, & consequenter vtilem illã actionẽ non posse prioris temporis ordinem & priuilegiũ retinere, etiamsi talis esset, támque fauorabilis quæ hypothecam habere deberet. Nã & quod dici solet actionem subrogatã sapere & induere naturam & qualitates omnes eius actionis in cuius locum subrogata est, *l. 1. §. si quis sub conditione D. vt legat. nom. caueat l. 1. §. hæc actio D. si is qui testã. lib. esse iuss.* tunc locũ habere non potest cùm subrogatio fit in locũ actionis penitus & ipso iure extinctę, vt ex Baldo respõdit Marcus Anto. Natta cons. 638. nu 44. Qua de re textus alius apertior quærendus nõ est, quàm ille Papiniani in *d. l. deducta in princ.* vbi quãuis tractet ipse nõ de actione vtili quã dant interpretes sed de actione ex testamẽto, tractat tamen de actione noua in locũ extinctę veteris subrogata, nec eo magis admitti, vt ex noua actione vsuræ totius præteriti tẽporis debeãtur quæ si cõfusio nulla facta esset ex

pristina actione indistinctè, vt explicauimus deberetur. Quo exéplo nec dubitandũ est quin idẽ fuerit ille respõsurus si de iure hypothecæ fuisset interrogatus, non enim Papiniani tẽporibus actio fideicõmissi quam ipse solã dat fideicommissario, habebat priuilegium vllum tacitæ hypothecæ, quod noua Iustiniani constitutione primùm inductum est in *l.1.C.commun. de legat.* Porrò actio ex testamento hypothecam nullam habet, nisi ex die mortis testatoris, quia nec priùs ipsa competit. Et hoc etiam consequens est ei quod diximus actionem illam vtilem qnam interpretes comminiscuntur datiuã esse non natiuam. Quomodo enim fieri posset vt haberet hypothecam seipsa antiquiorem? Euenit certè aliquando vt vincula pignoris durent etiam submota personali obligatione, quomodo loquitur *l.2.C.de luit.pignor.* de cuius sententia nos alibi scripsimus. Sed vt hypotheca incipiat ante natam obligationem & actionem fieri nullomodo, nullóque casu potest. Quamquam ne quis dubitationibus istis locus relinquatur, longè expeditius est nostram probare sententiam, quæ non patitur actionem illam vtilem ressuscitari, quòd nec vnquam competierit, nec vnquam fuerit extincta, neque rursum induci & tanquam nouam dari, sufficiente videlicet actione ex testamẽto, quam dari debere non solùm Iulianus, Marcellus, Papinianus, prudentésque cæteri, sed & interpretes omnes consentiunt.

Ad l.si fideiussor 29.§.pen.& §.hoc idem tractari D.mandat.& l. cum de indebito 25.De probat.

CAP. XX.

PERAGENDVM est hoc capite quod initio huius libri institueramus, vt eos omnes Pandectarum locos in quibus *visionis* dictionem vsurpatam legimus, Triboniani esse ostendamus, aut saltem à Triboniano corruptos fuisse. Nam præter duo illa Vlpiani responsa, de quibus iam diximus, quorum alterum est in *l.sed etsi lege 25.§.quod autem de petit.hered.* alterum in *l.quamuis 8.§.si mulier ad SC.Velleian.* supersunt alia duo vnum eiusdem Vlpiani, aliud Pauli, illud in *l.si fideiussor 29.§.pen.D.mandat.* hoc in *l.cum de indebito 25.D.de probat.* De quibus nunc breuiter videamus. In tota *d.l.si fideiussor*, tractat Vlpianus de actione mandati an danda sit néene fideiussori, qui siue sciens, siue ignorans soluerit pro reo vel non vtiliter & efficaciter obligato, vel iam liberato. Et postquàm varios casus prosecutus est, multásque adhibuit distinctiones, præsertim duas illas generaliores, an sciens fideiussor soluerit, an ignorans, rursùmque si ignorans an ignorantia iuris an facti, vt si vel sciens soluerit vel ignorantia iuris non sit audiendus, nisi fortè debitor conqueratur de omissa exceptione quæ de apicibus iuris fuerit potiùs quàm ex bona fide, si verò ignorans, & quidem probabili ignorantia facti, repetitionem habere debeat actione mandati contra eum pro quo fideiussit, sequitur in §.penult.eiusd.legis, *In omnibus autem visionibus quæ proposita sunt vbi creditor vel non numeratam pecuniam accipit, vel numeratam iterum accepit, repetitio contra eum competit, nisi ex condemnatione fuerit ei pecunia soluta. Tunc enim propter autoritatem rei indicatæ cessat quidem repetitio, ipse autem stellionatus crimine propter suam calliditatem plectetur.* Totum verò hunc §. ego Triboniani esse dico, non Vlpiani, motus non solùm ex ipso verborum contextu parum eleganti, præcipuè illo loco *stellionatus crimine plectetur*, pro eo quod scribi debuit *ex causa commissi criminis stellionatus*

natus,(nemo enim plectitur crimine,sed pœna propter crimen)verùm etiã ex eo, quod non nisi de actione mandati tota ea lege Vlpianus agit, & de repetitione quam fideiussor contra reum habere debeat per illam actionem mandati,non etiam de condictione soluti,aut,quod idem est,de repetitione aduersus creditorem ipsum danda vel deneganda.Neque verò dubitandi ratio illa occurrere poterat,quin condictione teneretur creditor,qui pecuniam indebitam accepisset,siue ideò esset indebita,quòd nihil creditor numerasset, siue quòd numeratæ solutionem & restitutionem iam habuisset. Quod ipsum iam satis Vlpianus expresserat, in *§. hoc idem tractari in fin.* iis verbis, *cedere autem reus indebiti actione fideiussori debet ne duplum creditor consequatur*.Ostendunt enim verba illa,non solùm condictione teneri creditorem qui indebitum acceperit (quod adeò certum erat, vt non nisi frustra & ridiculè id addere Vlpianus potuerit,si aliud nihil addendum habuisset)sed etiam cui competat illa condictio,nimirum debitori non fideiussori, quoniam in ea specie fideiussor primus soluerat quod creditori verè debebatur, ob ídque non poterat dicere solutum à se indebitum quod facere posset locum condictioni. Ipse autem debitor, qui factam à fideiussore solutionem ignorans, quòd de ea certioratus non esset, iterum soluerat, sanè indebitum soluerat,cùm fideiussoris solutione fuisset liberatus. Ob ídque &habet summo iure condictionem contra creditorem non fideiussor,& fideiussori actione mandati non tenetur vt indemnem eum præstet, nõ quia sit liberatus,(nam cùm pecunia & facto fideiussoris liberatus sit,ea ratio facere potiùs deberet vt teneretur)sed quia potest imputari fideiussori cur de solutione à se facta non certiorauerit debitorem, cùm ob omissam nũciationem euenerit, vt perinde soluere debitor coactus fuerit, acsi fideiussor non soluisset. Quæ res facit vt ex solutione per fideiussorem facta nihil cõmodi videatur consecutus,tametsi reuera per eam fuerit,vt iam dixi,liberatus,nisi quod propter eiusmodi liberationem accidit,vt habeat debitor cõdictionem,quam alioqui non esset habiturus. Sed iuris regula est,neminem ideò obligari quia recepturus sit ab alio quod ipse præstiterit, *l. nemo ideò 171. de regul. iur.* propterea quòd cuiusque intersit non soluere potiùs quàm solutum repetere *l. 3. D. de compensat. l. si stipulatus 15. in princ. de fideiuss.* Dicimus autem non esse obligatum hoc casu debitorem, vt indemnitatem fideiussori præstet,id est, vt pecuniam ipsam quam fideiussor soluit, ei restituat. Non autem absolutè negamus esse obligatum actione mandati: quia cùm ex facto & pecunia fideiussoris acquisiuerit sibi actionem & cõdictionem,locupletaretur cum damno & iactura ipsius, si ne quidem ad eiusmodi actionem fideiussori cedendam teneretur. Planè ad aliud quàm vt actione cedat,non tenetur.Ex alia iuris regula quæ habet, In omnibus quos idcircò teneri dicimus,quia habent actionem, delegationem pro iusta præstatione esse,*l. quod debetur 51. in fin. D. de pecul. l. quòd si in diem 16. §. vlt. l. item veniũt 20. §. ait Senatus 17. D. de petit. hered.* Cedit itaque & præstat actionem,non ratione illa nuda æquitatis,de qua idem Vlp. in *l. in creditore 38. de euict. Cui enim non æquum videbitur*, inquit, *vel hoc saltem consequi emptorem quod sine dispendio creditoris futurum est?* sed quoniam actione mandati ad hoc ipsum obligatus est,vt eam actionem præstet. Ne alioqui,vt diximus,ex fideiussoris damno & iactura locupletetur.Hæc enim vera & germana ratio est,propter quam fideiussori cedenda est condictio,non illa quam textus habet,*ne*

duplum creditor consequatur. Nam etsi nulla fieret cessio fideiussori, non idcirco tamen eueniret vt duplum creditor consequeretur, quippe qui debitori condictione indebiti teneretur, cuius æquitas illa esse solet, quæ & condictionem indebiti & cæteras omnes induxit, quòd hoc natura æquum sit neminem cum alterius detrimento fieri locupletiorem, *l. nam hoc natura 14. D. de condict. indeb. l. si & me & Titium 32. D. de reb. credit.* Itaque accommodatior est ratio illa, *ne duplum creditor consequatur*, ad explicandum cur creditor condictione teneri debeat, quàm ad probandum teneri debitorem vt fideiussori præstet condictionem. Imò neque probat dandam esse fideiussori condictionem, quia siue fideiussori detur, siue debitori, perinde vtroque casu euenit ne duplum creditor consequatur, qui quod indebitum accepit, restituere compellitur. Quanquam probat potius, quod & verum est debitori condictionem competere, non fideiussori. Duplum enim consequitur creditor, non cùm accipit solutionem primam à fideiussore, sed cùm accipit secundam à debitore. Vnde moueor vt illam quoque rationem, *ne duplum creditor consequatur*, Triboniani esse putem, aut imperiti alicuius interpretis, non Vlpiani, quem credibile est meliorem aliam fuisse allaturum, si quam certissimi iuris rationem adferre voluisset. Vt taceam huiusmodi condictionem, siue per debitorem ipsum, siue per fideiussorem exerceatur, non posse facere ne duplum consequatur creditor, quem ponimus iam fuisse duplicem solutionem consecutum, sed ne duplum quod consecutus est, retineat, quod eueniret si condictio aduersus eum non daretur. Ex eo autem, quod iam illo loco corruptum Vlpiani contextum fuisse fatendum est, tantò facilius coniici potest, verum esse quod volumus, in *§. penultim. eiusd. leg.* corruptum etiam fuisse. Nam & sententia loci manca est, in eo primùm quòd non aperit Tribonianus cui danda sit repetitio contra creditorem, vtrum debitori an fideiussori, cùm tamen ex iis quæ proximè diximus, constet, tùm quoque cùm danda est, non indistinctè & promiscuè vtrique dandam esse, sed alterutri tantùm. Ei scilicet qui secundus soluit, nisi per eum alteri actio cedatur. Si enim poneres solutionem primam à debitore factã esse, secundam verò à fideiussore primam ignorante, sicuti verum esset teneri fideiussori debitorem actione mandati ad indemnitatem ei præstandam. Ita nec dubitari oporteret, quin fideiussor competentem sibi condictionem debitori præstare teneretur. Hac sola differentia quòd ea cessio facienda esset, non vi & iure alicuius actionis, sed ex æquitate illa *d. l. in creditore*, quòd non debeat fideiussor recusare quominùs id saltem præstet quod sine ipsius dispendio & incommodo sit futurum. Quanquam defendi non malè potest minùs necessariam eo casu futuram debitori cessionem, citra quam vtique danda ei sit condictio aduersus creditorem, quasi qui soluisse ipse videatur, quod eius nomine soluit fideiussor, præsertim si fideiussori suo iam præstiterit indemnitatem. Alioqui nec per solutionẽ à fideiussore factã debitor liberaretur, si nõ ipsius debitoris nomine fideiussor soluisse intelligeretur, vt euenit in mandatore, qui propter mandatũ suum soluens, & proprio nomine id ipsum quod alius debet, non tamen liberat debitorem, *l. Papinianus 28. D. mandat.* Mancus etiam fuit Tribonianus in eo quod illam duntaxat adhibet distinctionem, an solutum sit creditori ex autoritate rei iudicatæ, an non, vt hoc solo posteriore casu repetitio contra eum dãda sit, Priore verò, cessante repetitione ad extraordinariã stellionatus accusatio-

nem recurrendum sit, vt improbi creditoris calliditas plectatur. Cùm tamē illa quoque distinctio maximè adhiberi debuerit, An scienter an ignoranter secunda solutio facta sit. Rursúmque si ignoranter, an ignorantia iuris an facti. Nam si scienter fideiussor soluerit pecuniam, vel à creditore nunquam numeratam, vel à debitore ipso iam solutam, nemo dixerit dandam ei condictionem. Est enim generale & perpetuum, vt quisquis sciens se non debere soluit, nunquam repetat, *l.1. D.de condict.indeb.l.indebitum 9.C.eod.* idque propter iuris regulam quæ vult, cuius per errorem soluti repetitio est, eius consultò dati donationem factam intelligi debere, *l. cuius per errorem 53. de reg.iur.* Idémque est si ignorans fideiussor soluerit ignorantia iuris non facti, *l.cùm quis 10.C.de iur.& fact.ignor.* quia parum interest an quis sciat, an ignoret id, quod per peritiores scire & discere potuerit ac debuerit, *l.regula 9.D.eod.* Non ergo indistinctè & generaliter verum est teneri condictione creditorem, tametsi non ex iudicis autoritate solutio facta proponatur. Interueniente verò re iudicata, etsi verum est eum qui condemnatus soluit, repetere non posse, propter rem iudicatam, quæ pro veritate habetur, non eo minùs tamen fieri potest, vt condictio aduersus creditorem danda sit, nō quidem condemnato, sed alij qui non fuerit condemnatus, & cuius tamen intersit. Finge fideiussorem condemnatum fuisse ad solutionem, sed eo tempore quo iam debitor soluerat, ac proinde cuius tam fideiussor quàm debitor ipse iā erat liberatus. Faciet quidē autoritas rei iudicatæ ne possit fideiussor tanquam indebitum repetere quod soluerit in executionem rei iudicatæ. Sed non obstabit quominus debitori qui condemnatus non fuit, danda sit condictio, si non indebiti, quia quod soluit fuit debitum tempore solutionis, saltem sine causa, quia incipit pecunia quam debitor primùm dederat, esse sine causa penes creditorem, ex quo tantundem ille à fideiussore exegit, & consecutus est quasi nihildum solutum fuisset. Nunquam enim potest aut iuris & æquitatis ratio pati, vt idem debitum aut bis exigatur, aut bis exactum retineatur, vulg. *l.bona fides 56.de regul.iur.* Sed neque facile video quo modo fieri possit, vt quod iam debitor soluerit, fideiussor quoque soluere condemnetur, ne per imperitiam quidem aut iniquitatem iudicis (quis enim tam imperitus aut tam iniquus iudex esse possit?) nisi fortè proponas iudici obreptum fuisse, circumuentámque eius religionem dolo creditoris dissimulantis aut negantis factam sibi à debitore solutionem. Quod & Triboniani verba præ se ferunt, cùm creditorem hoc casu stellionatus crimine vult obstringi propter suam calliditatem. Stellionatui enim non imperitia aut iniquitas iudicis locum facere potest, sed tantùm dolus & calliditas actoris. Atqui quoties obreptum est iudici dolo malo alterutrius ex litigatoribus, constat non obstare rem iudicatam quominùs ex integro causa agi possit, saltem implorata in integrum restitutione, *l. Diuus 33.D.de re iudica.* Imò nec necessaria est in integrum restitutio, quia si aduersus fideiussorem sic agentem, acsi non esset condemnatus, obiiciatur exceptio rei iudicatæ, doli replicatione vti fideiussor poterit, *l. cùm à te 25.D.de dol.* vbi propter hanc causam negat Paulus in specie nō dissimili, quā ibi tractat dandam esse condemnato actionem de dolo, cùm aduersus rē iudicatā possit ei esse prospectū per doli replicationē. Vsque adeò enim cessat actio de dolo quoties aliquod remedium aliud competit, vt sufficiat vel beneficio in integrum

restitutionis, aliam actionem dari posse, *l. 1. §. idem Pomponius refert. D. de dolo.* Quia licet auxilium restitutionis in integrum sit extraordinarium, ideó que nec competat quoties ordinarium & commune locum habere potest, *l. in causa 16. in princ. D. de minor.* tamen actio de dolo extraordinaria quoque est, & pręterea infamis, ob idque non aliter quàm omni alio auxilio deficiente indulgenda. Quare siue dicamus, contra sententiam per quam fideiussor condemnatus sit dolo malo creditoris dandam fideiussori restitutionem in integrum, siue doli replicationem, fatendum est creditorem nō posse ciuiliter conueniri actione de dolo. Ergo neque criminaliter actione stellionatus, quia constat quod in ciuilibus causis actio de dolo est, hoc in criminibus esse stellionatus persecutionem, nec proinde aliis casibus posse obiici stellionatū, quàm quibus actio de dolo habere locum posset, *l. 3. §. 1. D. de crimin. stellion.* Quod si ita est, defendi nequit quod in *d. §. penult.* Triboniano placet, creditorem teneri crimine stellionatus propter suam calliditatem, si fecerit vt fideiussor per solutionem à debitore factam liberatus ad iteratam solutionem condemnaretur. Aut si solus creditoris dolus inducit actionem extraordinariam stellionatus, quídni eadem actione admittimus teneri creditorem, qui alio quouis modo extorsit solutionem à fideiussore, licèt non interuenerit autoritas rei iudicatæ? Sed hæc ad Vlpianum contra Tribonianum disputasse sufficiat. Ad Paulum in *d. l. cùm de indebito 25. de probat.* pauciora erunt adnotanda. Nihil enim est tota illa lege, siue verba, siue sensum consideres, tótque distinctiones & subdistinctiones quibus referta est, quod non sapiat Tribonianum, à principio ad finem vsque. Præsertim verò in versic. *in omnibus autem visionibus*, vbi hoc ipsum nomen vsurpatum est, quod nos totum Tribonianeum esse contendimus. Neq; in eo probando nobis valde laborandum est, quod ante nos iampridem à clarissimis Iureconsultis Iacobo Cuiacio & Antonio Contio fuit obseruatum.

Finis libri decimi octaui Coniecturarum.

Romæ 6. Cal. Mart. 1599.

LAVS DEO.